

**TEST DE PROPORCIONALIDAD ENTRE DERECHO DE INTIMIDAD Y
DERECHO DE ALIMENTOS: UNA MIRADA A LOS MECANISMOS PARA
SOLICITAR DATOS NECESARIOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE
ALIMENTOS DE CARA A LA RACIONALIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO**

AGUSTÍN RENDÓN CALLE

MARÍA ALEJANDRA GALLEGO MORA

ASESOR: DR. ALBERTO CEBALLOS VELÁSQUEZ

Profesor de la Universidad EAFIT

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN

2019

TABLA DE CONTENIDOS:

1. INTRODUCCIÓN

2. CASO TIPO

2.1. DESCRIPCIÓN DEL CASO TIPO

3. RELEVANCIA JURÍDICA DE LA DISCUSIÓN APLICABLE AL CASO CONCRETO.

4. DESARROLLO DEL CASO TIPO

4.1. ¿QUÉ DERECHOS SE ENCUENTRAN EN PUGNA Y EN QUE SE FUNDAMENTA DICHA TENSION?

4.2. ¿CUÁLES SON LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE CADA UNO DE ESTOS DERECHOS?

4.2.1. DERECHO A LA INTIMIDAD

4.2.1.1.

4.2.2. LA INSTITUCIÓN DE ALIMENTOS

4.3. ¿MEDIANTE QUÉ MECANISMOS JURÍDICOS SE PUEDE BUSCAR LA PROTECCIÓN DE DICHOS DERECHOS?

4.3.1. DERECHO DE PETICIÓN

4.3.2. RECURSO DE INSISTENCIA.

4.3.3. ACCIÓN DE TUTELA

4.4. TEST DE PROPORCIONALIDAD

4.4.1. PONDERACIÓN COMO HERRAMIENTA HERMENÉUTICA

4.4.2. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

4.5. APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN EL CASO TIPO PLANTEADO

4.5.1. PRINCIPIO DE IDONEIDAD

4.5.2. PRINCIPIO DE NECESIDAD

4.5.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

**4.6. ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS QUE CONCIERNEN AL CASO TIPO
DE CARA LA LOS RESULTADOS DE LA PONDERACIÓN**

**4.6.1. PROCEDENCIA DEL DERECHO DE PETICIÓN EN EL CASO
CONCRETO**

**4.6.2. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE INSISTENCIA EN EL CASO
CONCRETO**

**4.6.3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL CASO
CONCRETO**

5. CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

La presente monografía se presenta como requisito de grado para obtener el título de ABOGADO de la ESCUELA DE DERECHO de la universidad EAFIT, en el año 2019, y está a cargo de los estudiantes Agustín Rendón Calle y María Alejandra Gallego Mora.

El objeto de la presente monografía radica en analizar la tensión que se presenta entre el derecho fundamental a la intimidad y el derecho de alimentos¹, cuando es necesario conocer el salario del alimentante para hacer líquida la obligación de alimentos contenida en un título ejecutivo.

Para el desarrollo de este texto se presentará un caso tipo el cual dará pie para el análisis de los elementos estructurales de cada derecho, así como los mecanismos que permiten la solicitud del dato *salario* ante el empleador. El análisis se hará a partir de los conceptos desarrollados por la Corte Constitucional con el fin de comprender e integrar estos elementos dentro del test de proporcionalidad que dará luces sobre cómo deben ser resueltas estas solicitudes.

El fin de este trabajo es presentarle al lector el panorama actual respecto a la problemática que existe a la hora de solicitar el *salario* y mediante un test de proporcionalidad analizar el peso de cada uno de los derechos en tensión para así determinar cuál debe ser la protección que el ordenamiento jurídico debe darle a cada uno de estos, en casos que presenten situaciones similares a las expuestas por el caso tipo.

2. CASO TIPO:

Como se mencionó anteriormente, el análisis se estructurará con base en el caso tipo que procederemos a enunciar. Sobre este se identificarán tanto los derechos que se encuentran en tensión y su contenido como las posibles soluciones en el marco del sistema jurídico colombiano.

2.1. DESCRIPCIÓN DEL CASO TIPO:

¹ Entendido como un derecho fundamental *per se* desde la perspectiva del menor en razón de la conexidad con el mínimo vital y la dignidad humana.

Hechos:

PRIMERO: La señora Juliana Sandoval, de 55 años, estuvo casada durante 10 años con el señor Javier Ramírez, con quién tiene un hijo llamado Julián, actualmente con 15 años de edad.

SEGUNDO: Durante el mes de enero del año 2017, la Sra. Juliana Sandoval y el Sr. Javier Ramírez deciden dar por terminada su relación conyugal, para lo cual acuden a la jurisdicción. El proceso de divorcio culmina el día 15 de marzo del año 2017 con una sentencia judicial proferida por el Juzgado Quinto de Familia de la ciudad de Medellín.

TERCERO: Respecto a la obligación alimentaria del Sr. Javier Ramírez con su hijo, la sentencia dispone que queda obligado a pagarle el 30% de su salario como concepto de alimentos, consignándolo en una cuenta bancaria acordada, durante los 5 primeros días de cada mes.

CUARTO: Posterior a la sentencia de divorcio, el Sr. Javier Ramírez atiende debidamente su obligación de alimentos, pero pasado un año deja de cumplir con el pago, situación por la que, al día de hoy, le adeuda a su hijo un año de cuotas alimentarias.

QUINTO: La Sra. Juliana Sandoval con miras a cuantificar el derecho de alimentos que corresponde a su hijo menor le solicita al Sr. Javier Ramírez le diga cuál es su salario no obstante este se niega aduciendo ser un dato privado y que ella no tiene porqué conocer.

La Sra. Juliana Sandoval acude entonces, en representación de su hijo Julián Ramírez, al consultorio jurídico de la Universidad EAFIT con el fin de encontrar una solución a su problema. Para ello plantea la siguiente solicitud:

- Solicita se le informe si existe la manera de reclamar la cuota alimentaria a la que por ley su hijo tiene derecho y cómo puede hacerlo.

Al recibir la solicitud, el estudiante del consultorio jurídico comienza con el estudio del caso y las leyes aplicables a este llegando a las siguientes posibilidades:

- Solicitar mediante un derecho de petición la información sobre el salario ante el empleador del señor Javier Ramírez.
- En caso de una negativa a este derecho y a la respectiva insistencia ante el empleador, pedirle al juez administrativo mediante recurso de insistencia que ordene al empleador la certificación correspondiente.
- Interponer una acción de tutela como mecanismo subsidiario para que el juez oficie al empleador la entrega del dato correspondiente

Situaciones similares a las planteadas en el caso tipo deben ser resueltas de manera cotidiana por los consultorios jurídicos pero, como mencionaremos más adelante, no es posible hallar una única respuesta para la solución de los mismos.

La anterior situación de indeterminación se fundamenta en la profundidad de las consideraciones jurídicas precisas para la solución del caso, pues necesariamente deben abordar tanto el contenido de los derechos fundamentales que la integran como los elementos fácticos de cada caso concreto.

3. RELEVANCIA JURÍDICA DE LA DISCUSIÓN APLICABLE AL CASO CONCRETO.

El caso tipo propuesto consiste en una interacción social que ocurre dentro del marco territorial del Estado colombiano, por lo que se encuentra regida por su ordenamiento jurídico.

Para entender un sistema jurídico, es necesario partir por las normas fundamentales del mismo, que para el caso nuestro se encuentran contenidas en la Constitución Política Colombiana de 1991. Allí se plantean desde el preámbulo aquellos fines esenciales del Estado y que marcan el sentido de los demás preceptos constitucionales.²

El artículo 2 de la Constitución Política Colombiana establece:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.³

El anterior artículo tiene como finalidad garantizar la efectividad de los principios y deberes, motivo por el que toda interpretación jurídica de un caso concreto debe así mismo observar dichos fines.

En razón de lo anterior, debemos tender por la búsqueda de una comprensión principialista del ordenamiento jurídico como mecanismo de regulación social, motivo por el cual en el caso de la Sra. Juliana Sandoval deben analizarse de manera integral cada uno de los derechos fundamentales que de manera

² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-479 DE 1992, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

³ COLOMBIA, ASAMBLA NACIONAL CONSTITUYENTE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, GACETA CONSTITUCIONAL NRO. 116 DEL 20 DE JULIO DE 1991.

transversal atañen al mismo, con el fin de dotar de contenido la discusión jurídica lo que permitirá su solución.

Con el fin de plantear una estructura sólida para el análisis de las diferentes consideraciones jurídicas a que hay lugar en la solución del caso, consideramos pertinente individualizarlas según el derecho al cual atañen. Esto permite definir de manera cabal el contenido de cada una de ellas y así contar con los elementos suficientes para analizar la lógica de las tensiones entre ellas generadas.

4. DESARROLLO DEL CASO TIPO

Las consideraciones jurídicas que aborda la presente monografía, y que permiten la comprensión del caso y de sus elementos estructurales, son las siguientes:

1. ¿Qué derechos se encuentran en pugna y en que se fundamenta dicha tensión?
2. ¿Cuáles son los elementos integrantes de cada uno de estos derechos?
3. ¿Mediante qué mecanismos jurídicos se puede buscar la protección de dichos derechos?
4. ¿Cómo proceden los mecanismos en el caso concreto?

Así las cosas, dichas preguntas serán analizadas de manera individual y constituirán la estructura de la presente monografía.

4.1 ¿Qué derechos se encuentran en pugna y en qué se fundamenta dicha tensión?

En el estudio del caso tipo, nos encontramos en una situación en la cual se pretende conocer el salario del alimentante con el fin de hacer líquido el título ejecutivo con miras a la exigibilidad de los alimentos mediante un proceso ejecutivo.

La legítima resistencia que ejerce el Sr. Javier Ramírez se enmarca entonces en torno al derecho de intimidad cuya protección se manifiesta en los artículos mencionados anteriormente y en virtud de los cuales el salario que solicita el menor Julián Ramírez sólo puede ser tratado⁴ previa autorización expresa del titular o mediante orden judicial o administrativa que en tal sentido disponga.

⁴ Por tratamiento de datos se entiende en razón del art. 22 de la Ley 1581 de 2012 “Cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión”.

En tal sentido la Ley 1581 de 2012, también llamada ley de protección de datos personales, dispone en sus artículos 3 y 9 lo siguiente⁵:

ARTÍCULO 3º. **DEFINICIONES.** Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

(...) F) **Titular:** Persona natural cuyos datos personales sean objeto de Tratamiento;

ARTÍCULO 9º. **AUTORIZACIÓN DEL TITULAR.** Sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley, en el Tratamiento se requiere la autorización previa e informada del Titular, la cual deberá ser obtenida por cualquier medio que pueda ser objeto de consulta posterior.

Ahora bien, desde la óptica del menor se evidencia que para solicitar la información correspondiente al *salario*, nos encontramos con la ley 1755 de 2015 la cual regula el derecho de petición⁶. Así mismo, el derecho de alimentos que se encuentra vinculado de manera conexas con el mínimo vital y la vida.

Así mismo, es preciso plantear que al menor se le vulnera también el derecho de acceso a la justicia pues pese a contar con la sentencia que contiene el título ejecutivo de alimentos, para poder solicitar el mandamiento de pago, debe aportar el dato salario con el fin de hacer líquida la obligación.

Debido a que la discusión versa sobre derechos fundamentales⁷ es preciso establecer qué es un derecho fundamental. Para ello, se acoge la definición propuesta por el doctor Edison Puentes:⁸

Los derechos fundamentales son aquellos derechos de los cuales es titular la persona por el solo hecho de serlo; por cuanto pertenecen al ser humano sin ninguna clase de distinción por motivos de raza, condición, sexo, estirpe o religión, permitiendo consolidar la satisfacción de las necesidades materiales o intelectuales.

Su característica esencial radica en el hecho importantísimo de que instituyen en garantía formal y material dirigida a la promoción y respeto de la persona humana como tal, como consecuencia directa del control político jurídico que realiza el Estado en tal sentido.

De la anterior definición podemos rescatar como elementos estructurales de los derechos fundamentales que: *a) Son inherentes a la persona; b) son una garantía*

⁵ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1581 DE 2012, POR LA CUAL SE DICTAN DISPOSICIONES GENERALES PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, OCTUBRE 17 DE 2012.

⁶ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1755 DE 2015 POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN Y SE SUSTITUYE UN TÍTULO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

⁷ El derecho de alimentos se entiende fundamental en conexidad con el mínimo vital.

⁸ PUENTES, Edison. Apuntes jurídicos y jurisprudenciales sobre el derecho a la intimidad en Colombia. Ciudad: Editorial, 2014. p. 47

formal y material que promueve el respeto a la persona; y c) Sirven como un control político jurídico que realiza el Estado.

No obstante, el erigirse un principio como un derecho fundamental no quiere decir que sea absoluto. En tal sentido, plantea la Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-228 de 1994, cuyo Magistrado Ponente es José Gregorio Hernández Galindo, que los derechos fundamentales de rango constitucional no son absolutos, puesto que encuentran sus límites y restricciones en los derechos de los demás con prevalencia en el interés general. Al respecto, señala que:

Los derechos constitucionales fundamentales no son absolutos. Encuentran límites y restricciones en los derechos de los demás, en la prevalencia del interés general, en la primacía del orden jurídico y en los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos, que no pueden verse sacrificados en aras de un ejercicio arbitrario o abusivo de las prerrogativas individuales.

El ordenamiento jurídico debe ser interpretado y aplicado dentro de una concepción sistemática e integral que haga compatibles el ejercicio y la protección de los derechos con la exigencia del cumplimiento de las cargas, obligaciones y deberes de los asociados, elementos inherentes a aquellos y sobre los cuales no puede prevalecer un concepto individualista que pretenda erigir en ilimitadas las posibilidades que el ordenamiento otorga al titular del respectivo derecho.⁹

Para la jurisprudencia constitucional, la noción de derechos fundamentales no puede entenderse de manera aislada a la dignidad humana, pues este es el núcleo duro de los mismos, motivo por el cual opera como mandato de optimización¹⁰. Así pues, la dignidad humana se erige como la máxima que busca garantizarse con los derechos fundamentales y por consiguiente debe siempre observarse. De aquí se desprende que los derechos fundamentales sean inalienables.

En el mismo sentido plantea la Corte Constitucional:

Para la jurisprudencia constitucional la noción de derechos fundamentales se ha consolidado, en primer lugar, a partir de una construcción tradicional de los derechos que se deriva de los principios de indivisibilidad, integralidad y universalidad, los cuales ordenan la protección igualitaria de todos los derechos que sean necesarios para preservar la dignidad humana. También, en segundo lugar, de la relación de la dignidad humana como valor y como principio, lo que implica una relación con el principio de igualdad, libertad y autonomía, los cuales tienen como propósito velar por la eficacia de todos aquellos derechos constitucionales como fundamentales. En

⁹ SENTENCIA T-228 DE 1994, MP JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

¹⁰ Posteriormente se le presentará al lector un estudio mas detallado respecto al entendimiento de los derechos fundamentales como mandatos de consideración, no obstante en este punto bastará por comprender que son normas que deben siempre considerarse a la hora de resolver situaciones de tensión de derechos mediante el test de proporcionalidad.

tercer lugar, desde una teoría positivista, por medio de la cual se entiende como derecho fundamental, toda garantía prevista en el texto constitucional, específicamente, en el Título II, Capítulo 1 de la Constitución Política. Y, en cuarto lugar, a partir de la teoría de la conexidad, “según la cual se permite el amparo de derechos no tutelables judicialmente, en principio, siempre y cuando su protección se requiera para la reivindicación derecho con carácter indiscutiblemente fundamental”¹¹

Asimismo, es importante mencionar algunos criterios que ha tenido en cuenta la Corte Constitucional para definir qué se entiende por dignidad humana como base de los derechos fundamentales.

En primer lugar, se encuentra el fundamento normativo de la dignidad humana en el artículo 1 de la Constitución Política que la describe como uno de los pilares fundantes del Estado Social de Derecho como modelo de Estado acogido por Colombia, estableciendo que:

Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general¹²

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido tres lineamientos para entender el objeto de protección de la *dignidad humana*: en primer lugar, puede ser entendida como autonomía para diseñar un plan de vida. También puede ser entendida como ciertas condiciones materiales concretas para vivir bien. Por último, se puede entender como la intangibilidad de los bienes “bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral.”¹³

En segundo lugar, señala esta corporación que se debe tener en cuenta la funcionalidad del enunciado normativo denominado *dignidad humana*, el cual a su vez tiene tres lineamientos: en primera instancia, debe ser comprendida como el principio fundante del ordenamiento jurídico. También, debe ser entendida como un principio constitucional. Por último, debe entenderse como un derecho fundamental autónomo.¹⁴ De este modo, observa la Corte Constitucional que la dignidad humana equivale a “la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana.”¹⁵

Se puede concluir entonces que el fundamento de los derechos constitucionales se desprende de su relación con la dignidad humana, por lo cual es necesario evaluar

¹¹ SENTENCIA T-095DE 2016, M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO

¹² COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 GACETA CONSTITUCIONAL No 116 DEL 20 DE JULIO DE 1991

¹³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-881 DE 2012 MP. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

¹⁴ Ibid.

¹⁵ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA SU-062 DE 1992 MP VLADIMIRO NARANJO MESA

la existencia de consensos ya sean dogmáticos, legislativos o de derecho internacional, para valorar qué es un derecho fundamental, quién es el titular de los mismos y cuál es el contenido del mismo.

En virtud de lo anterior, para la procedencia de la acción de tutela, es relevante determinar la existencia de un derecho constitucional fundamental cuya protección se pueda solicitar por medio de este mecanismo.

4.2 ¿Cuáles son los elementos integrantes de cada uno de estos derechos?

Como se ha mencionado a lo largo del texto, los derechos que se encuentran en pugna en el caso tipo son el derecho a la intimidad y el derecho fundamental a obtener alimentos¹⁶, razón por la cual se presentará en este apartado un estudio detallado del contenido de los elementos relevantes de cada uno de estos derechos en lo que compete a la comprensión del concepto de ponderación y la elaboración del juicio de proporcionalidad.

4.2.1 Derecho a la intimidad

La finalidad del presente apartado es evidenciar el contenido y el alcance del derecho a la intimidad. A partir del análisis del mandato constitucional del art. 15 y del análisis jurisprudencial sobre el derecho a la intimidad, se pretende llegar al entendimiento del *núcleo duro* del mismo, con el fin de establecer aquello que puede y no puede ser objeto de limitación, en el marco de la elaboración de un juicio de ponderación para el caso concreto.

El análisis debe iniciar necesariamente por el texto constitucional, pues es a partir de la relación armónica con el articulado del mismo que la Corte Constitucional ha dotado de contenido el derecho a la intimidad. Así mismo, las leyes, y en general el ordenamiento jurídico, deben respetar los mandatos constitucionales entre tanto constituyen norma fundamental en el sentido kelseniano.

En tal sentido, el artículo 15 de la Constitución Política del 91 establece:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Con el fin de prevenir la comisión de actos terroristas, una ley estatutaria reglamentará

¹⁶ En razón de la protección especial que tiene el menor

la forma y condiciones en que las autoridades que ella señale, con fundamento en serios motivos, puedan interceptar o registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada, sin previa orden judicial, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar. Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley. ¹⁷

A la hora de abordar la norma fundamental del derecho a la intimidad es preciso anotar que esta tiene diferentes manifestaciones. Por un lado, encontramos aquello que atañe directamente al derecho de intimidad y por otro el habeas data como mandato constitucional aplicado a la recolección, tratamiento y circulación de datos personales guardando la obligación de respetar la libertad y demás garantías constitucionales.

Para hablar del derecho de intimidad y su desarrollo a través del tiempo es importante puntualizar que los derechos, entre tanto regulan aspectos de una sociedad cambiante, no son estáticos y su contenido se desarrolla a través del tiempo. Este desarrollo se encuentra en cabeza de los órganos de cierre.

La Corte Constitucional ha desarrollado, por medio de sentencias C, T y SU, el alcance del artículo 15 de la Constitución Política. En un principio, tales sentencias comenzaron a darse en razón del tratamiento de los datos financieros en entidades como DATACRÉDITO, pero debido a que el derecho a la intimidad no solo atañe a las obligaciones crediticias sino que permea otras dimensiones del ser, se amplió su desarrollo.

En la sentencia T- 414 de 1992, la Corte desarrolló el Habeas Data, determinando sus elementos integrantes y disponiendo que el ejercicio de los mismos es una forma de proteger la intimidad para asegurar la paz y la tranquilidad que se exige en el desarrollo integral de las personas. Asimismo, establece que este es un derecho general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible, razón por la que solamente el sujeto activo del derecho tiene capacidad de disponer sobre el mismo, pudiendo compartir, rectificar, retirar y consultar sus datos personales, y siendo la parte pasiva el responsable del tratamiento.

Para lograr un entendimiento del derecho a la intimidad a ojos de la Corte Constitucional y en los albores del derecho mismo, debemos acudir a la sentencia T-530 de 1992 con Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, que sostiene:

¹⁷ COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 GACETA CONSTITUCIONAL No 116 DEL 20 DE JULIO DE 1991

La finalidad principal de este derecho es resguardar un ámbito de vida privada personal y familiar, excluido del conocimiento ajeno y de cualquier tipo de intromisiones de otros, sin el consentimiento de su titular. El núcleo esencial del derecho a la intimidad define un espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.¹⁸

En lo anterior podemos evidenciar el interés de la Corte Constitucional por dotar de contenido al derecho a la intimidad, al punto de comenzar a definir su espectro de protección al resaltar que el ser humano puede desenvolverse en diferentes esferas pudiendo ser sociales o personales. Así mismo, establece que, en cuanto a la esfera personal, que comprende la vida personal y la familiar, existe una prohibición de intromisión a estas sub-esferas del ser como manifestación del derecho a la intimidad.

La vida en sociedad supone la constante interacción de sujetos de derecho, razón por la cual pueden presentarse conflictos a la hora de determinar los derechos vinculados a las dimensiones individuales del ser que riñen en las disputas propias de las relaciones sociales.

En la Sentencia T-228 de 1994, cuyo Magistrado Ponente es José Gregorio Hernández Galindo, la Corte Constitucional plantea que los derechos fundamentales no son absolutos, puesto que encuentran sus límites y restricciones en los derechos de los demás con prevalencia en el interés general. Al respecto, señala que:

Los derechos constitucionales fundamentales no son absolutos. Encuentran límites y restricciones en los derechos de los demás, en la prevalencia del interés general, en la primacía del orden jurídico y en los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos, que no pueden verse sacrificados en aras de un ejercicio arbitrario o abusivo de las prerrogativas individuales.

El ordenamiento jurídico debe ser interpretado y aplicado dentro de una concepción sistemática e integral que haga compatibles el ejercicio y la protección de los derechos con la exigencia del cumplimiento de las cargas, obligaciones y deberes de los asociados, elementos inherentes a aquellos y sobre los cuales no puede prevalecer un concepto individualista que pretenda erigir en ilimitadas las posibilidades que el ordenamiento otorga al titular del respectivo derecho.¹⁹

En materia de datos personales y su eventual tratamiento por parte de un tercero, la Corte Constitucional precisó, en Sentencia SU-082 de 1995 con Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía, que:

¹⁸ SENTENCIA T-530 de 1992. MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

¹⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-228 DE 1994, MP JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

(...) mientras la información sobre un deudor sea veraz, es decir, verdadera y completa, no se puede afirmar que el suministrarla a quienes tienen un interés legítimo en conocerla, vulnera el buen nombre del deudor. Si realmente éste tiene ese buen nombre, la información no hará sino reafirmarlo; y si no lo tiene, no podrá alegar que se le vulnera.²⁰

Lo anterior permite concluir que, incluso en las primeras etapas de entendimiento del derecho a la intimidad, este no suponía una prohibición absoluta al tratamiento de datos personales, pero se comienzan a plantear los límites y alcances del Habeas Data.

Posteriormente, la Sentencia T-261 de 1995, cuyo Magistrado Ponente es Jorge Gregorio Hernández, nos permite determinar de manera clara el núcleo esencial del derecho de intimidad, estableciendo que:

*Este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la autoconservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo.*²¹

Para analizar las fricciones que se generan con el legítimo ejercicio de los derechos de cada individuo en relación a las interacciones en sociedad, es necesario tener en cuenta las consideraciones de la Corte Constitucional respecto a los alcances y límites de los derechos fundamentales. Por lo cual, dicha sentencia establece:

La Corte Constitucional estima en primer término que el campo asignado a la protección constitucional de la intimidad no puede ampliarse indefinidamente hasta el extremo de considerar que todo dato personal sea a la vez íntimo. (...) De tal modo, hay datos personales que específicamente son íntimos y gozan, en consecuencia, de la garantía constitucional en cuanto tocan con un derecho fundamental e inalienable de la persona y de su familia, al paso que otros, no obstante ser personales, carecen del calificativo específico de privados, toda vez que no únicamente interesan al individuo y al círculo cerrado de su parentela, sino que, en mayor o menor medida, según la materia de que se trate, tienen importancia para grupos humanos más amplios (colegio, universidad, empresa) e inclusive para la generalidad de los asociados, evento en el cual son públicos, y si ello es así, están cobijados por otro derecho, también de rango constitucional fundamental, como es el derecho a la información²²

En razón de lo anterior, encontramos que la Corte Constitucional comienza a esbozar lo que serán más adelante las categorías de datos, hablando de datos íntimos, privados y públicos, categorías que luego desarrollarán la Corte y

²⁰ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA SU-082 de 1995, MP. JORGE ARANGO MEJIA

²¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-261 DE 1995, MP. JORGE GREGORIO HERNÁNDEZ

²² Ibid

posteriormente la Ley 1581 de 2012, estableciendo medios de protección diferentes y, por ende, consecuentes con cada tipo de dato.

Posteriormente, la Corte Constitucional en Sentencia T-552 de 1997, cuyo Magistrado Ponente fue Vladimiro Naranjo Mesa, establece que:

(...) el derecho a la intimidad, en su calidad de derecho implica la posibilidad de exigir respeto en el ámbito que incumbe solamente al individuo, en palabras de la corte, “el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.”²³

Lo anterior deja en evidencia el desarrollo del contenido del derecho a la intimidad a través del tiempo, incorporando el concepto de las esferas personal y familiar del ser humano, señalando que existen ámbitos de la vida que solo incumben al individuo y, por lo tanto, el respeto de ellas tiene efectos *erga omnes*.

En el mismo sentido y sentencia, la Corte Constitucional señala:

El derecho a la intimidad implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas. Algunos tratadistas han definido este derecho como el “control sobre la información que nos concierne”; otros, como el “control sobre cuándo y quién puede percibir diferentes aspectos de nuestra persona”²⁴.

Las anteriores referencias posibilitan establecer la capacidad de disposición que tiene el individuo de su derecho a la intimidad personal al revelar voluntariamente información perteneciente a su esfera personal o familiar y, por consiguiente, objeto de protección, prohibiéndose incluso la injerencia del Estado a través de sus operadores jurídicos.

En palabras de la Corte Constitucional:

(...) puede decirse que el derecho a la intimidad es un derecho disponible. Ciertas personas, según su criterio, pueden hacer públicas conductas que otros optarían por mantener reservadas. Así mismo, en el desarrollo de la vida corriente, las personas se ven impelidas a sacrificar parte de su intimidad como consecuencia de las relaciones interpersonales que las involucran. En otros casos, son razones de orden social o de interés general o, incluso, de concurrencia con otros derechos como el de la libertad de información o expresión, las que imponen sacrificios a la intimidad personal.”²⁵

²³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-552 de 1997. MP. VLADIMIRO NARANJO MESA

²⁴ Ibid

²⁵ Ibid

De la lectura de esta sentencia se desprende entonces la necesidad de comprender el contenido del derecho a la autodeterminación informativa como manifestación del derecho a la intimidad, y para ello en la antes mentada sentencia la Corte Constitucional establece:

No obstante, y a pesar de que en determinadas circunstancias el derecho a la intimidad no es absoluto, las personas conservan la facultad de exigir la veracidad de la información que hacen pública y del manejo correcto y honesto de la misma. Este derecho, el de poder exigir el adecuado manejo de la información que el individuo decide exhibir a los otros, es una derivación directa del derecho a la intimidad, que se ha denominado como el derecho a la “autodeterminación informativa.”²⁶

Continuando con el desarrollo de la Corte Constitucional respecto al derecho de información, en la Sentencia C-505 de 1999, se trae a colación el análisis que han hecho los tribunales alemanes sobre el derecho a la intimidad y las esferas que comprende, siendo estas, la esfera más íntima correspondiente a pensamientos y sentimientos, otra más privada correspondiente a las acciones realizadas en ámbitos considerados reservados y, por último, aquella que comprende la esfera social que corresponde a las relaciones propias del trabajo. Dicha interpretación establece además que la protección se gradará en razón de la actividad desarrollada, el contexto de la misma y, por último, la repercusión social que pueda tener esta.

Dicha explicación, en palabras en la Corte Constitucional, señala que:

“(…) con el fin de facilitar la ponderación entre la intimidad y otros derechos y valores constitucionales concurrentes, la jurisprudencia comparada ha distinguido diversas esferas de la intimidad, de suerte que en ellas el grado de protección constitucional es distinto (...). Así, en Alemania, el tribunal constitucional ha diferenciado tres ámbitos: la esfera más íntima corresponde a los pensamientos o sentimientos más personales que un individuo sólo ha expresado a través de medios muy confidenciales, como cartas o diarios estrictamente privados, y es según esa corporación, un ámbito intangible de la dignidad humana. La garantía en este campo es casi absoluta, de suerte que sólo situaciones o intereses excepcionalmente importantes justifican una intromisión. Luego encontramos la esfera privada en sentido amplio, que corresponde a la vida en ámbitos usualmente considerados reservados, como la casa o el ambiente familiar de las personas, en donde también hay una intensa protección constitucional, pero hay mayores posibilidades de injerencia ajena legítima. Y, finalmente, el tribunal de ese país habla de la esfera social o individual de las personas, que corresponde a las características propias de una persona en sus relaciones de trabajo o más públicas, en donde la protección constitucional a la intimidad autonomía es mucho menor, aun cuando no desaparece,

²⁶ Ibid

pues no se puede decir que las autoridades pueden examinar e informar sobre todo lo que una persona hace por fuera de su casa, sin violar su intimidad”²⁷

Así, es preciso abordar el estudio de la Sentencia T-787 de 2004, pues recoge lo dicho por la teoría alemana respecto a las esferas del derecho a la intimidad, pero incorpora una categoría nueva: la esfera gremial. Esta se relaciona con las libertades económicas y tiene como máximo exponente el derecho de propiedad intelectual.

Respecto a la esfera social y sus alcances, la Corte Constitucional ha resaltado la importancia de determinar el nivel de protección del cual goza el derecho a la intimidad en ella, puesto que su protección proviene de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, como el derecho a la dignidad humana. Así, aparece un posible conflicto a la hora de determinar el alcance de los derechos del titular del dato y aquellos de terceros con interés en conocerlo.

Así mismo, la Sentencia T-787 de 2004 establece lo que serán posteriormente los principios que desarrollan el derecho de intimidad y que deben seguirse en el proceso de recolección, tratamiento y circulación de datos. Estos exhortan a los operadores jurídicos a enmarcar sus acciones dentro de tales lineamientos, con la intención de salvaguardar al titular de los datos.

Dichos principios son: *a) Principio de libertad*, en el cual los datos de un individuo solo pueden ser divulgados siempre que el titular haya expresado su consentimiento libre, previo y expreso o en razón de una orden por parte del ordenamiento jurídico; *b) Principio de finalidad*, como la exigencia de someter la recopilación y divulgación de datos a la realización de una finalidad constitucionalmente legítima; *c) Principio de necesidad*, que establece que la información personal objeto de divulgación se limite a aquella que guarde relación de conexidad con la finalidad pretendida mediante su revelación; *d) Principio de veracidad*, que exige que los datos personales que se pretendan divulgar correspondan a situaciones reales; y *e) Principio de integridad*, según el cual toda la información que se divulgue deba hacerse de manera completa.

En razón de lo anterior, salvo excepciones constitucionales y legales previas que obliguen a las personas a revelar cierta información, los demás datos que correspondan al dominio personal de un sujeto no podrán ser divulgados, a menos que el mismo individuo, haciendo uso del derecho a la autodeterminación informativa, decida revelarlos autónomamente a un tercero:

La existencia del núcleo esencial de dicho derecho exige que existan espacios medulares en donde la personalidad de los sujetos pueda extenderse en plena libertad, pues deben encontrarse excluidos del dominio público. En aquellos espacios

²⁷ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONA, SENTENCIA C-505 DE 1999, MP. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

la garantía de no ser observado (el derecho a ser dejado sólo) y de poder guardar silencio, se convierten en los pilares esenciales que permiten asegurar el goce efectivo del derecho a la intimidad²⁸

Se puede entender entonces que el derecho a la intimidad comprende todos aquellos datos que normalmente están sustraídos del conocimiento de terceros y que pertenecen al ámbito reservado e íntimo del individuo, el cual no puede ser conocido, divulgado o suministrado por otros, a menos que sea por voluntad propia del titular o exista disposición constitucional o legal.

La sentencia C-640 de 2010 comienza por dejar en claro lo ya plasmado por la Corte Constitucional en aplicación del artículo 15 de la Constitución Política, al respecto sostiene:

*(...) que todo sujeto pretende salvaguardar todas las producciones internas de su ser, con un mínimo de injerencias exteriores, y puede ejercer oposición erga omnes, incluso frente al Estado. Así pues, solo podrá ser el individuo, como titular de los datos, quién decida voluntaria y libremente la divulgación de los mismos a terceros, ya que el derecho a la intimidad comprende la decisión de dar a conocer sólo lo que el individuo así prefiera, pudiendo mantener a salvo aquello que pretenda sólo para sí.*²⁹

Como fundamento a lo anteriormente mencionado, establece la Corte Constitucional que:

*Desde 1992, la Corte Constitucional reconoció el derecho a la intimidad como un derecho fundamental que permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores. Se dijo en ese entonces que se trataba de un derecho “general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer “erga omnes”, vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada.”*³⁰

De lo anterior se desprende entonces que el derecho a la intimidad, entre tanto se fundamenta en la dignidad humana, no puede ser renunciable de manera absoluta (mas es disponible) y en tal sentido precisó la Corte Constitucional que dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta: “Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta (...)”³¹

²⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, T-787 DE 2004, MP. RODRIGO ESCOBAR GIL

²⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-640 DE 2010, MP. MAURICIO GONZALEZ CUERVO

³⁰ Ibid

³¹ Ibid

Del mismo modo, señala la Corte Constitucional que el derecho a la intimidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano es el mecanismo por el cual se ampara el desarrollo individual de cada persona, en tanto permite que cada sujeto pueda ser libre y espontáneo sin sufrir injerencias por parte de terceros, y otorgándole a su vez la posibilidad de poder revelar únicamente aquello que quiera revelar, así como conocer únicamente aquello que desee conocer sobre los demás. Esta posibilidad de autodesarrollo libre que se le otorga a cada persona permite a su vez el desarrollo de la sociedad, en tanto cada persona está alentada a desarrollarse al máximo con la protección de no sufrir ningún tipo de intromisión a su esfera personal. Este desarrollo consiste en un fin esencial para el Estado, pues es imposible concebir un Estado social de derecho en el cual se le obligue a sus asociados a revelar sus datos personales y actuar de una única forma.

Al respecto, señala la Corte Constitucional que:

“Desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, estas críticas, interesantes desde el punto de vista teórico y analítico, carecen de validez o pertinencia. El derecho a la intimidad, junto con otros derechos como el del libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia, están concebidos para permitir a las personas fortalecer y desarrollar su condición de seres libres y autónomos, que es el presupuesto esencial del estado democrático. La individualidad del individuo, su posibilidad no siempre fácil de separarse del influjo de los otros o de la masa, de realizar las actividades que les son afines y no las que le sean impuestas, de reflexionar solitariamente, de optar por sus propias preferencias, y de llegar a sus propias conclusiones frente a los dilemas de la cotidianidad y de la política, en fin, la posibilidad de aislarse con frecuencia u ocasionalmente del mundo, es de lo que depende el que pueda convertirse en un sujeto de derechos y obligaciones, el que pueda ejercer las responsabilidades democráticas y participar en los procesos que forjan un estado social de derecho como lo es el colombiano”.³²

El derecho a la intimidad constituye un pilar fundamental dentro del ordenamiento jurídico colombiano, al servir de fundamento para la construcción del "sujeto democráticamente activo", responsable de la creación y proyección del Estado y sus fines. Así mismo, plantea una vez más la dignidad humana como núcleo esencial del derecho a la intimidad.

Con respecto a lo anterior, señala la Corte Constitucional lo siguiente:

Sólo reconociendo la autonomía e individualidad de las personas, puede hablarse del “respeto a la dignidad humana” que sirve de fundamento al estado colombiano, según el artículo 1º de la Constitución. La protección de esa esfera inmune a la injerencia de los otros –del Estado o de otros particulares-, como prerrequisito para la construcción de la autonomía individual que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo, tiene que ser jurídicamente relevante, y lo es, a través de los mecanismos constitucionales de protección al derecho a la intimidad, los cuales

³² Ibid

no circunscriben su alcance a cierta clase social económica o ilustrada, sino que se extienden, como no podía ser de otra forma, a todas las personas amparadas por la Constitución.³³

Señala entonces esta Corporación en la sentencia anteriormente mencionada que: “Por esta razón, ese espacio personal y ontológico, sólo “puede ser objeto de limitaciones” o de interferencias “en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1o. de la Constitución”³⁴

Lo anterior pone en evidencia que este derecho no es absoluto en tanto es posible limitarlo en desarrollo de los principios establecidos por el artículo primero de la Constitución Política de 1991 en donde se señala que el Estado colombiano se funda en “el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran”.³⁵

Así mismo, la presente sentencia establece sobre los 5 principios para el tratamiento de datos a saber, libertad, finalidad, veracidad, necesidad e integridad, lo siguiente: “El conjunto integrado de los citados principios, permite no solo garantizar el acceso legítimo a la información personal, sino también la neutralidad en su divulgación y, por ende, asegurar un debido proceso de comunicación.”³⁶

Por último, la Corte Constitucional establece en esta sentencia que: “Los límites admisibles del derecho a la intimidad emanan del interés público constitucionalmente legítimo, esta tipología jurisprudencial permite graduar los niveles válidos de intromisión en la intimidad, según la naturaleza del dato.”³⁷

Continuando la Corte Constitucional con el análisis del derecho de intimidad y su ámbito de aplicación, la Sentencia T-407 de 2012 establece respecto a el espacio privado lo siguiente:

“(…) el espacio privado, es tanto un derecho como un lugar en el que se ejercen derechos, principalmente la intimidad y las libertades individuales, como se mencionó anteriormente. La garantía del respeto a esta esfera individual y privada se sustenta en el principio de dignidad humana y autodeterminación, y es absoluta cuando las acciones que en ella realizan los ciudadanos no tienen repercusiones sociales y solo interesan al titular del derecho, mientras que se atenúa cuando se trata de espacios cerrados menos íntimos en los que se desarrollan actividades con mayores efectos sociales. Así, la garantía y protección de los espacios privados, está estrechamente asociada a la noción de intimidad”³⁸

³³ Ibid

³⁴ Ibid

³⁵ Ibid

³⁶ Ibid

³⁷ Ibid

³⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-407 DE 2012, MP. MAURICIO GONZALEZ CUERVO

La Corte Constitucional en la anterior sentencia menciona las características del espacio público resaltando lo siguiente:

“El espacio público es una categoría que exhibe una clara connotación constitucional, en la que se comprenden aquellas áreas destinadas a la circulación, la recreación, la instalación de servicios públicos, de preservación de obras públicas, y en general todas las zonas en las que prevalezca el interés y las necesidades colectivas, sobre las particulares, en relación con su uso y disfrute. Se trata de un lugar de uso común en el que los ciudadanos ejercen numerosos derechos y libertades. La más evidente es sin duda la libertad de movimiento, pero en los espacios públicos, las personas también pueden ejercer otros derechos como el de expresión, el derecho al trabajo, el derecho de reunirse y manifestarse públicamente, o también el derecho a la recreación, el acceso a la cultura y el derecho a realizar expresiones artísticas, entre otros. Este tipo de espacios se caracterizan por ser lugares de socialización, interacción, intercambio, integración y de encuentro para los ciudadanos. También es concebido como un espacio democrático y político que se remonta al modelo griego del ágora en el que la política, el comercio y el espectáculo representaban los elementos de un lugar de libre acceso en el que los ciudadanos ejercían sus derechos cívicos.”³⁹

De lo anterior se desprende un buen entendimiento de las diferentes categorías en que puede encontrarse un espacio, no obstante, estas no son absolutas y no brindan muchas luces respecto a la solución de casos en los cuales no se tenga claridad sobre el tipo de espacio al cual se hace referencia, es decir, cuándo no se actúa en un espacio público o privado en sentido puro. En tal sentido plantea la Corte Constitucional en la sentencia a la cual se ha hecho referencia, lo siguiente:

En un extremo se encuentra la calle como espacio público por excelencia y, de otro lado, el domicilio privado como espacio privado por definición. Espacios “intermedios” que tienen características tanto privadas como públicas, son los lugares de trabajo como las oficinas, los centros educativos como los colegios y las universidades, los restaurantes, los bancos y entidades privadas o estatales con acceso al público, los almacenes y centros comerciales, los cines y teatros, los estadios, los juzgados y tribunales, entre otros. Dependiendo del lugar, se permitirá una mayor o menor injerencia por parte de particulares o autoridades del Estado, y podrán ejercerse diferentes tipos de derechos, como el derecho al trabajo, al estudio, a la libertad de cátedra, a la recreación, a la cultura, a la información y de petición.”⁴⁰

A pesar de haber enunciado el problema que conlleva la difícil determinación de aquellos estadios intermedios a saber, los espacios semi-públicos y semi-privados, la Corte Constitucional no otorgó una definición unívoca de los mismos, resaltando que son espacios intermedios con características tanto privadas como públicas y que comprenden lugares como los centros educativos y los lugares de trabajo,

³⁹ Ibid

⁴⁰ Ibid

donde será necesario el análisis casuístico para determinar el grado de protección del cual gozarán las relaciones allí desarrolladas.

La sentencia C-602 de 2016 establece que el derecho a la intimidad comprende la información reservada y respecto a cada uno de los datos que conforman esta información existe un interés jurídicamente protegido, el cual se traduce en la posibilidad de oponerse a la búsqueda, divulgación y uso de la información o, por el contrario, en la necesidad de que tales actividades estén precedidas de una autorización judicial o administrativa.

Para precisar el alcance de la protección constitucional al derecho a la intimidad, se relaciona este con el derecho al habeas data que es el derecho a conocer, actualizar y rectificar información recogida en bases de datos, y la obligación de respetar la libertad y demás garantías constitucionales en la recolección, tratamiento y circulación de datos.

Es importante la identificación y caracterización de las dimensiones del desarrollo de las personas y del grado de resistencia que ofrece el derecho a la intimidad en cada una de ellas. Es por esto que a menos que se encuentre establecida una obligación constitucional o legal de revelar cierto tipo de información debido a su relevancia pública, se protege la decisión de las personas de no divulgarla y el deber de las autoridades de no acceder a ella.

La Corte Constitucional ha señalado que el grado de realización del derecho a la intimidad puede depender del espacio físico en el que actúen las personas y por ende se han clasificado los espacios en: privados, semi-privados, semi-públicos y públicos. El espacio privado hace referencia a aquel en el cual el individuo se desarrolla como persona y el espacio público es un derecho ciudadano de acceso, utilización y goce. Los espacios semi-privados y los semi-públicos son categorías que ha traído la jurisprudencia sobre aquellos espacios que tienen una relevancia social más o menos importante.

En palabras de la Corte los espacios semi-privados y semi-públicos se caracterizan por o siguiente:

(...) Los semiprivados, como por ejemplo los establecimientos de educación son “espacios cerrados en los que un conjunto de personas comparte una actividad y en los que el acceso al público es restringido” lo que implica que “las injerencias a la intimidad y demás libertades que se ejercen en tales contextos, son limitados”. A su vez, los semipúblicos que comprenden, entre otros, el cine o los estadios “son lugares de acceso relativamente abierto en los que diferentes personas se encuentran en determinado momento para realizar cierta actividad puntual dentro de un espacio compartido” y, no obstante tratarse de lugares cerrados, “hay gran flujo de personas y mayor libertad de acceso y movimiento, por lo cual las restricciones a la intimidad

son tolerables por cuestiones de seguridad y por la mayor repercusión social de las conductas de las personas en dichos espacios.⁴¹

En desarrollo del alcance del derecho a la intimidad la Corte Constitucional precisó el tipo de posiciones o relaciones vinculadas a la intimidad y, por lo tanto, confirió al titular de la información la facultad de oponerse a la intromisión en la órbita que se ha reservado para sí, así como la de oponerse a la divulgación de hechos privados y le otorgó la posibilidad de tomar decisiones sobre asuntos que sólo le conciernen a la persona, determinando de esta forma el ámbito de aplicación del derecho a la autodeterminación informativa.

Así mismo señaló que este derecho impone a las autoridades y particulares el deber de abstenerse a ejecutar actos que impliquen la intromisión injustificada en la órbita íntima, la divulgación de los hechos y la restricción injustificada de la libertad para elegir en asuntos relacionados a la persona. Por ello las autoridades tienen el deber de adoptar medidas normativas, judiciales y administrativas que aseguren el respeto de las dimensiones del derecho.

La Corte Constitucional en la presente sentencia, haciendo referencia a la situación conflictiva que puede generarse a la hora de determinar el alcance del derecho a la intimidad, establece la importancia de identificar y caracterizar las dimensiones del desarrollo de las personas con el fin de determinar el grado de resistencia propio del derecho a la intimidad, tarea para la cual se establece el siguiente conjunto de reglas:

(...) (i) a menos que se encuentre establecida una obligación constitucional y legal de revelar determinado tipo de información debido a su relevancia pública, está protegida la decisión de las personas de no divulgarla y el deber de las autoridades y los particulares de no acceder a ella; (ii) el núcleo esencial del derecho a la intimidad “supone la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural”; (iii) el alcance definitivo del derecho a la intimidad, al no tratarse de una garantía absoluta, se encuentra en conexión directa con los límites que se impongan a las actuaciones de los demás; y, en esa dirección se tendrán como límites no solo algunas garantías formales -autorización judicial o administrativa, por ejemplo- sino también la obligación de satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad.⁴²

El conjunto de reglas antes planteado por la Corte contiene las directrices para determinar el grado de resistencia que puede oponer el individuo, que en el caso tipo propuesto como objeto de estudio de la presente monografía, se manifiesta en la posibilidad que tiene el alimentante bien sea de revelar el salario que

⁴¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-602 de 2016. MP. ALEJANDRO LINARES CANTILLO

⁴² Ibid

devenga de manera voluntaria o, por lo contrario, ejercer la prerrogativa legal de solo revelarlo cuando medie una orden judicial o administrativa en tal sentido.

Se encuentra entonces que dentro del caso propuesto el derecho a la intimidad en cabeza del señor Javier Ramírez, tiene como elementos:

1. El lugar en donde se desenvuelve la acción
2. El interés por parte de un tercero de conocer el salario

Con respecto al primer elemento, el salario pertenece como concepto jurídico a la remuneración económica obtenida por la prestación personal de un servicio dentro de una relación laboral⁴³. El segundo elemento, nos lleva al plano de la institución de alimentos en la cual la obligación se deriva de los lazos filiales sean estos naturales o civiles.

Lo mencionado anteriormente nos lleva entonces al análisis de la institución de alimentos.

4.2.2. LA INSTITUCIÓN DE AIMENTOS

La institución de alimentos haya su fundamento en la solidaridad social, principio consagrado en los artículos 2 y 95 No. 2 ⁴⁴ de la Constitución Política colombiana, debe entenderse esta institución como un derecho de quien está en peligro.

El artículo segundo de la Constitución Política establece los fines esenciales del Estado que se erigen como el pilar de los derechos y deberes contenidos en la carta, y posteriormente desarrollado por los operadores jurídicos, entre ellos la Corte Constitucional.

En razón de la interpretación armónica que se deriva de este artículo, podemos establecer que se debe entonces procurar la protección integral de los principios establecidos en la Constitución Política colombiana, situación que se manifiesta en la institución de alimentos entre tanto establece que, “(...) *los miembros de la familia tienen la obligación de procurar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos. (...)*”⁴⁵ viéndose manifestados allí los principios que, en palabras de la Corte Constitucional, “(...) *La obligación alimentaria tiene su fundamento tanto en el principio constitucional de protección a la familia, en la solidaridad, y en el*

⁴³ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1468 DE 2011, POR LA CUAL SE CREA EL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, ART. 127

⁴⁴ Este numeral se refiere al deber de solidaridad social entendido como el deber de socorrer a otros.

⁴⁵ COLOMBIA, ASAMBLEA CONSTITUYENTE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, GACETA CONSTITUCIONAL No 116 DEL 20 DE JULIO DE 1991

principio de equidad, en la medida en que ‘cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente’

Para entender la institución de alimentos es importante pensarla como parte de un contexto mucho más amplio pues no puede entenderse de manera aislada, sino como un mecanismo que materializa los fines mismos de la constitución. Es por esto que el artículo 95 numeral 2 consagra como deber de la persona y el ciudadano el *principio de solidaridad* cuyo contenido expresó el constituyente en el siguiente sentido: “Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias”⁴⁶

Así pues, el antes mencionado artículo constituye el mandato de optimización que da pie a la institución de alimentos pues obliga a los sujetos de derecho a actuar en observación del mismo. Así las cosas, los operadores jurídicos y en general los sujetos de derecho deberán incorporar el contenido del mismo en su cotidiano actuar, haciendo incompatibles entonces acciones que tiendan a la desprotección alimentaria de un menor.

La institución de alimentos como manifestación del principio de solidaridad social se desarrolla en las obligaciones correlativas que atañen a los derechos consagrados en los artículos 13, 42, 44, 46 de la Constitución Política, esto bajo el entendido propuesto por la tesis de la correlatividad en donde no existe un derecho sin obligaciones correlativas que obliguen a su respeto u observación. El derecho de alimentos requiere pues de mecanismos para hacerlo efectivo.

Así las cosas, tenemos claro que en el principio de solidaridad se sustenta la institución de alimentos, no obstante, debemos comprender quién o quienes se encuentran legitimados para exigir el derecho a recibir alimentos y frente a quién se realiza dicha exigencia.

En principio se entiende que la institución de alimentos protege la familia y sus vínculos, de lo cual se desprende que los hijos, padres, cónyuges y hermanos puedan al menos en principio estar legitimados para exigir alimentos. En tal sentido el artículo 42 de la Constitución Política señala que: “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*”⁴⁷ motivo por el cual el Estado y sus instituciones tienden a desplegarse en protección de la misma.

Los menores en razón de los derechos consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política y las personas de tercera edad, en razón del artículo 46 de la misma gozan de protección especial, esta se desprende de la lectura del artículo 13 de la Carta Política. Al respecto la Corte constitucional señala que:

(...) como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los

⁴⁶ Ibid

⁴⁷ Ibid

adultos mayores, y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados⁴⁸.

Así mismo, señala la Corte Constitucional que el derecho a alimentos pese a no tener rango de derecho fundamental, lo tendrá en relación a las obligaciones alimentarias del menor. Al respecto establece:

Tratándose de los niños, el derecho a los alimentos se convierte en un derecho fundamental de protección prevalente (artículo 44 C.P.), que guarda directa relación con el aseguramiento del derecho al mínimo vital, y que, por lo tanto, es susceptible de protección por vía de tutela. Esta obligación de orden constitucional demanda su cumplimiento tanto de las autoridades públicas como de los particulares, pues de ello depende el aseguramiento de las condiciones de vida digna del menor de edad.⁴⁹

Esta protección constitucional supone que en situaciones en las cuales exista tensión de derechos entre dos sujetos, y donde uno de ellos sea objeto de especial protección se deberá resolver entonces en favor del último, esto en razón de la observación de la primacía de los derechos como mandato de consideración y, por consiguiente, como criterio de definición.

Menciona Juan Enrique Medina Pabón que "la figura de los alimentos hace parte de la explicación de los deberes de auxilio y socorro debido a los progenitores y el deber de crianza para con los hijos o entre los cónyuges, ya que son la herramienta directa para hacerlos efectivos"⁵⁰.

Asimismo, resalta que "la solidaridad entre los sujetos a quienes unen esos lazos afectivos que establecen los seres humanos con los miembros del grupo primario en el que se desenvuelven, presupone que, en situaciones de desamparo, los que tienen más se encargarán de aquellos que carecen de lo necesario"

Señala Parra Benítez que

⁴⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-736 DE 2013. MP ALBERTO ROJAS RÍOS

⁴⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-324 de 2004 MP. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁵⁰ MEDINA PABÓN, Juan Enrique. Derecho Civil Derecho de Familia. Cuarta edición. Bogotá. Universidad del Rosario. 2014. 625 p.

alimentos son una prestación que de forma general se debe en dinero a otra persona de acuerdo por un mandato establecido en la ley con la finalidad de que quien recibe esta prestación pueda con ella satisfacer sus necesidades más elementales.⁵¹

En tal sentido la Sentencia C-156 de 2003 cuyo magistrado ponente es el doctor Eduardo Montealegre Lynett precisa el concepto de alimento estableciendo:

*“El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. La obligación alimentaria está entonces en cabeza de la persona que, por mandato legal, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos.”*⁵²

Posteriormente esta sentencia establece respecto al contenido del derecho de alimentos y en desarrollo de los artículos constitucionales en los que haya fundamento lo siguiente:

*“(…)esta obligación alimentaria tiene fundamento constitucional, pues ‘se vincula con la necesaria protección que el Estado debe dispensar a la familia como institución básica o núcleo fundamental de la sociedad, y con la efectividad y vigencia de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución’, ya que el cumplimiento de dichas obligaciones aparece ‘necesario para asegurar en ciertos casos la vigencia de los derechos fundamentales de las personas al mínimo vital o los derechos de la misma estirpe en favor de los niños, o de las personas de la tercera edad, o de quienes se encuentren en condiciones de marginación o de debilidad manifiesta’*⁵³

En vista de lo expuesto anteriormente, está claro que el derecho de alimentos atañe necesariamente una obligación correlativa, estando ésta en cabeza de quién por ley se encuentre obligado a dar alimentos, con el fin de garantizar los derechos del acreedor alimentario. Resaltando entonces que la obligación de alimentos tiene una faceta crediticia respecto a la cual y como toda obligación, deberá el Estado y cada una de sus instituciones competentes, velar por su cumplimiento. Esto lo destaca la Corte Constitucional en sentencia T-557 de 2017 respecto a la institución de alimentos que, *“(…) se generan deberes y cargas susceptibles de ser reclamados por la vía de la coerción y con el apoyo del Estado (…)”*⁵⁴

⁵¹ PARRA BENÍTEZ, Jorge- Derecho de Familia. Bogotá DC. Temis, 2017. 463 p. ISBN 978-958-35-1126-4

⁵² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-156 de 2003. MP. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

⁵³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-557 de 2017. MP. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

⁵⁴ Ibid

Sostiene Jorge Parra Benítez⁵⁵ que el Código Civil no contiene una definición explícita sobre este derecho, aunque establece sus elementos fundantes.

Es entonces como el Código Civil, dentro de los artículos 411 al 427, desarrolla el contenido de la obligación de alimentos, planteándolos como institución jurídica y precisando los tipos de alimentos que pueden deberse a saber, congruos y necesarios, definiéndose los primeros como “los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social” y los segundos, “le dan lo que basta para sustentar la vida”⁵⁶

A su vez, la ley 1098 de 2006 en su artículo 24 desarrolla el derecho de alimentos, señalando que este es indispensable para “el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación y en general todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes”⁵⁷

Señala Parra Benítez que el derecho de alimentos se caracteriza por ser irrenunciable, intransmisible por causa de muerte, inembargable y no susceptible de transacción o compensación. Por tanto, afirma el doctrinante que “estas condiciones permiten afirmar que el derecho de alimentos es un derecho subjetivo personalísimo que hace parte de la categoría de los derechos de crédito”⁵⁸

Ha señalado tanto la doctrina como la jurisprudencia que como requisitos para el ejercicio de este derecho se deberá tener en cuenta tres elementos:

- a) Necesidad del alimentario
- b) Capacidad económica del alimentante
- c) Fuente de la relación jurídica que legitima la pretensión

Se puede concluir entonces que la institución de alimentos se fundamenta en la solidaridad social pues por medio de este derecho existe una obligación impuesta por ley de asistir a quien se vea obligado con el propósito de suplir sus necesidades más primarias. Por medio del derecho de alimento es posible entonces la protección de la familia como fin del Estado y núcleo esencial del mismo.

⁵⁵ PARRA BENÍTEZ, Jorge- Derecho de Familia. Bogotá DC. Temis, 2017. 465 p.ISBN 978-958-35-1126-4

⁵⁶ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 84 DE 1873 POR EL CUAL SE DICTA EL CÓDIGO CIVIL, DIARIO OFICIAL No. 2867 DEL 31 DE MAYO DE 1873

⁵⁷ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1098 DE 2006, POR EL CUAL SE CREA EL CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA, DIARIO OFICIAL No.46.446 DE 2006

⁵⁸ PARRA BENÍTEZ, Jorge- Derecho de Familia. Bogotá DC. Temis, 2017. 480 p.ISBN 978-958-35-1126-4

Del análisis mencionado en este apartado podemos resaltar sobre la institución de alimentos que se erige como un mecanismo de garantía de los derechos individuales y preferentes del menor, así como también se evidencia la obligación correlativa que la caracteriza. Ambos aspectos deben entenderse atravesados por la materialización de los fines esenciales del Estado, lo que implica el análisis de casos concretos que permitan visualizar cómo se materializan estos.

Se puede establecer entonces dentro del caso tipo, que el derecho de alimentos está en cabeza del joven Julián Ramírez, quien con la sola declaración del vínculo filial que lo une con su padre está legitimado para accionar a este y deberá por tanto para iniciar el proceso ejecutivo, (i) tener la sentencia que acredite el título ejecutivo que da la posibilidad de reclamar los alimentos así como (ii) el dato *salario* que permitirá hacer esta obligación liquidable.

Esta necesidad de obtener la información se deberá satisfacer a través de los mecanismos contenidos en la ley.

4.3 ¿MEDIANTE QUÉ MECANISMOS JURÍDICOS SE PUEDE BUSCAR LA PROTECCIÓN DE DICHOS DERECHOS?

Como se ha expuesto a lo largo de la presente monografía, dentro del caso tipo propuesto se evidencia una situación en la cual existe una obligación que surge por un mandato legal, y que para ejercerla se requiere de la intervención judicial, razón por la cual, es necesario obtener el salario para hacer líquida la obligación de alimentos.

Para obtener este dato el sistema jurídico colombiano presenta como idóneos los siguientes mecanismos:

1. Derecho de petición
2. Recurso de insistencia
3. Acción de tutela

Se pasará entonces a exponer cada uno de los elementos de estos mecanismos con el fin de mostrar su contenido y cuál es la finalidad de estos para poderlos enmarcar dentro del caso tipo y así pasar a resolver la última inquietud que se propone en esta monografía.

4.3.1 DERECHO DE PETICIÓN

Como se ha planteado, el joven Julián Ramírez deberá acreditar el dato *salario* junto con la sentencia que contiene la obligación de alimentos para iniciar el proceso ejecutivo, razón por la cual se deberá analizar este mecanismo como medio idóneo para obtener este dato.

Así pues, la finalidad del presente apartado es evidenciar el contenido y alcance del derecho de petición partiendo del análisis de artículo 23 de la Constitución Política y posteriormente incorporando jurisprudencia constitucional. Así mismo, se presentan tanto la ley 1437 de 2011 como la ley 1755 de 2015, que tienen como objeto desarrollar el marco jurídico del derecho de petición, con el fin de proponer un argumento que permita solicitar los datos necesarios enmarcados dentro del caso tipo.

El derecho de petición se encuentra firmemente arraigado en el ordenamiento jurídico colombiano pues tal como rastreó la Corte constitucional en Sentencia C-915 de 2014, desde el Código de Régimen Político y Municipal de 1913 se regulaba en su artículo 334 este derecho. Posteriormente el Decreto 2733 de 1959 seguido del Decreto 01 de 1994, que expidió el Código Contencioso Administrativo, retomaron lo que atañe al contenido del derecho estando en vigencia hasta la actualización del mismo en el año 2011 con la expedición de la Ley 1437 de 2011, que en sus títulos segundo y tercero regula el derecho de petición.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo si bien reguló los elementos estructurales del derecho de petición, fue declarado inexecutable mediante Sentencia C-818 de 2011 toda vez que la regulación de los derechos fundamentales requiere trámite de ley estatutaria de acuerdo al artículo 152 de la Constitución Política. Como consecuencia se expidió la ley estatutaria 1755 de 2015.

No obstante, los desarrollos normativos que se han generado al respecto palidecen en importancia frente al hito que representó el artículo 23 de la Constitución Política pues fue allí que el derecho de petición adquirió la categoría de derecho fundamental autónomo estableciendo al respecto que:

Si bien el precedente mandato constitucional es de gran importancia es preciso mencionar que la determinación de su contenido ha dado pie a discusiones jurídicas que la Corte Constitucional ha intentado resolver. Estas cavilaciones versan respecto a tres aspectos fundamentales que son: *a) Alcance del derecho*, teniendo en cuenta tanto la parte activa como pasiva del derecho de petición; *b) Contenido de la respuesta*, situación que debe analizarse en razón de los fines mismos del derecho de petición y; *c) Mecanismos de protección* consagrados tanto legal como jurisprudencialmente para el derecho de petición.

Respecto al alcance del derecho de petición visto desde la parte pasiva del mismo encontramos que la Sentencia T-105 de 1996 de la Corte Constitucional se introduce la posibilidad de peticionar ante autoridades privadas, avance necesario en razón de la indeterminación que adolece el artículo 23 de la constitución política al establecer que podía ejercerse frente autoridades, pero no precisar la calidad de las mismas.

La Corte Constitucional consideró entonces que por autoridad deben entenderse tanto las públicas como privadas, ampliando entonces el espectro de protección del derecho de petición pues ya no solo se admiten las peticiones ante autoridades públicas sino también ante particulares y, tal como establece la Corte: *“darle una concepción más universal, que haga viable una mayor participación y compromiso de los asociados en el desarrollo activo de los fines propios del Estado colombiano.”*⁵⁹

Es entonces en este camino por definir el alcance del derecho de petición que la Corte Constitucional define quién es el titular del derecho de petición y ante quién puede peticionar, así pues, menciona la corte que “El derecho de petición tiene como titular a toda persona, nacional o extranjera. Por medio de él, se permite acudir ante las autoridades o ante las organizaciones privadas en los términos que defina la ley, con el fin de obtener una pronta resolución a las solicitudes que se hayan presentado”.⁶⁰

En la misma línea y aportando al entendimiento del derecho de petición, la Corte Constitucional en Sentencia C-951 de 2014 profundizó respecto al fundamento de la procedencia del derecho de petición frente a sujetos de derecho privado estableciendo que:

Entre el peticionario y la organización privada existe una relación especial de poder ya sea reglada o de facto. Lo anterior en razón de que “los individuos [se hallan] frente a los poderes privados organizados, pues no existen conductos regulares de petición para dirigirse a ellos, cuando han tomado medidas que los afectan directamente. La extensión de este derecho a los centros de poder privado sería una medida de protección al individuo, que le permitiría el derecho a ser oído y a ser informado sobre decisiones que le conciernen. El objetivo es democratizar las relaciones en el interior de las organizaciones particulares y entre estas y quienes dependen transitoria o permanentemente de la decisión adoptada por una organización privada”. Las Salas de Revisión han precisado que la relación asimétrica de poder entre los particulares se presenta en tres casos: la subordinación, la indefensión y el ejercicio de la posición dominante.⁶¹

Ahora bien, respecto al alcance del derecho de petición entendido desde el sujeto activo del mismo es preciso establecer que de la lectura del artículo 23 de la Constitución Política se desprende su alcance pues establece que, “(..) *toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas* (...)”⁶² y, en tal sentido,

⁵⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-105 DE 1996, MP. VLADIMIRO NARANJO

⁶⁰ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T-124 de 1993. MP. VLADIMIRO NARANJO MESA

⁶¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-951 DE 2014, MP. MARTHA VICTORIA SÁNCHEZ MÉNDEZ

⁶² COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 GACETA CONSTITUCIONAL No 116 DEL 20 DE JULIO DE 1991

en esta definición se encuentran incorporadas las personas jurídicas puesto que no existe limitación alguna en el apartado constitucional al no establecer un sujeto determinado y por lo tanto, esta categoría, abarca tanto a personas jurídicas y jurídicas.

Respecto al análisis del contenido de la respuesta del derecho de petición, la Corte constitucional mediante Sentencia T-377 del 2000 ha planteado que esta debe cumplir con los requisitos señalados los cuales dan los parámetros de cómo debe resolverse de manera correcta las peticiones al señalar que la (i) oportunidad de la respuesta entendida como el tiempo señalado para dar la petición que además (ii) debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado y de manera eficiente (iii) ser puesta en conocimiento del peticionario.⁶³

No obstante, lo anterior, la Sentencia C-514 de 2004 realiza una diferenciación tan necesaria como práctica entre derecho de petición y derecho a lo pedido estableciendo que:

Al respecto ha de tenerse en cuenta, como ya se señaló, que no cabe confundir el derecho de petición con el derecho a lo pedido. El derecho de petición se ejerce y agota en la solicitud y la respuesta. No se decide propiamente sobre él, en cambio si se decide por ejemplo sobre el reconocimiento o no del derecho subjetivo invocado ante la administración para la adjudicación de un baldío, el registro de una marca, o el pago de una obligación a cargo de la administración.⁶⁴

Es preciso aclarar que, como el derecho de petición al estar contenido en la Constitución Política y por versar sobre derechos tan importantes como el acceso a la información y la participación democrática, este tiene rango de derecho fundamental y por lo tanto, tiene mecanismos que protegen su ejercicio. En tal sentido, podrá acudir a la acción de tutela cuando la contestación que se haya dado no cumpla con los parámetros establecidos por la Corte y en tal sentido esta establece:

En relación con las organizaciones privadas como sujeto pasivo del derecho de petición, el propio artículo 23 de la Carta deja en cabeza del legislador su reglamentación; pero ésta no puede ser entendida como un mandato directo sino como una facultad que el legislador puede ejercer a su arbitrio, y que hasta el momento no ha sido desarrollada. Sin embargo, es importante recordar que esta Corporación, de conformidad con el artículo 86 de la Carta Política y el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, se ha pronunciado en forma reiterada a favor de la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares encargados de la

⁶³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T 377-2000 MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

⁶⁴ COLOMBIA, COTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-510 DE 2004 MP. ALVARO TAFUR GALVIS

prestación de un servicio público (art. 365 de la C.P.), o cuando desarrollan actividades que pueden revestir ese carácter, siempre y cuando exista violación de un derecho fundamental. Ha tenido en cuenta la jurisprudencia, que, en estos casos, el particular asume poderes especiales que lo colocan en una condición de superioridad frente a los demás coasociados, y sus acciones u omisiones pueden generar una amenaza o vulneración de uno o varios derechos constitucionales fundamentales que deben ser protegidos en forma inmediata por la autoridad judicial competente.⁶⁵

En este sentido, señala esta corporación que existen algunas cualidades que deben tenerse en cuenta a la hora de hacer peticiones ante particulares pues el ejercicio de este derecho no debe hacerse de manera indiscriminada ya que su finalidad es clara, por esto considera la corte qué:

Cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad, el derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la Administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.⁶⁶

Ahora bien, como se mencionó al inicio de este apartado, el legislador expidió en el año 2011 el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en donde se encuentra contenido en su capítulo segundo las normas para el ejercicio del derecho de petición ante autoridades públicas y, posteriormente en su capítulo tercero, el derecho de petición frente particulares en salvaguarda de un derecho fundamental.

Si bien la inicial reglamentación del derecho de petición fue declarada inexecutable por no cumplir con el mandato constitucional de ser tramitada mediante una ley estatutaria, concuerda el Código Contencioso Administrativo y las posteriores leyes que reglamentaron este derecho que la respuesta al derecho de petición debe otorgarse por regla general en un periodo de 15 días y no se debe entender como respuesta la figura del silencio administrativo, pues señala la Corte, en la Sentencia T 377-2000 con Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero que, el silencio administrativo es una figura irrefutable de la violación al derecho de petición.⁶⁷

Así pues, se entiende al derecho de petición como un derecho fundamental que tiene como objetivo promover la participación ciudadana otorgando la posibilidad de

⁶⁵ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-105 DE 1996 MP. VLADIMIRO NARANJO MESA

⁶⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-419 DE 2013 MP LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

⁶⁷ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-377 DE 2000 MP ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

acceder a cierta información que verse sobre intereses generales y que, con su respuesta, se promueve el ejercicio de otros derechos.

En este sentido, cabe señalar que el derecho de petición dentro del caso propuesto es el primer mecanismo que debe usar el joven Julián Ramírez para intentar acceder a la información que necesita conocer, la cual sería en primer lugar, quién es el empleador de su padre el señor Javier Ramírez, para solicitarle a este como una segunda petición el salario que devengue.

Se ha encontrado que, a la hora de solicitar estos datos, las respuestas suelen ser lesivas al derecho de petición ya que las solicitudes no se resuelven de fondo, toda vez que al tener una disposición legal tal como la ley de *habeas data*, dentro del marco normativo del ordenamiento jurídico colombiano y con una lectura literal de estas, se pueden crear argumentos que permitan el rechazo de la petición al considerarse que estos datos pertenecen a la esfera reservada del sujeto y por lo tanto, a menos que medie intervención judicial, esta no podrá ser otorgada.

A continuación, se mostrarán algunos ejemplos de respuestas obtenidas mediante el derecho de petición que han resultado en negativa aduciendo a los datos protegidos por la reserva:

[REDACTED]
Medellín, 7 de Marzo de 2019

[REDACTED]
[REDACTED]
Medellín, Antioquia

Asunto: respuesta a derecho de petición.

[REDACTED]
En respuesta a su comunicación, radicada en Comfama con el No. 979068, por medio de la cual solicitó información laboral del señor: [REDACTED], identificado con la cédula de ciudadanía [REDACTED] nos permitimos indicar:

Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, que cumplen funciones de seguridad social y están sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley, así lo ha definido el artículo 39 de la Ley 21 de 1982, que reglamenta el régimen del Subsidio Familiar en Colombia.

Teniendo en cuenta su solicitud, se le indica que, la información laboral que requiere del señor Quejada reviste el carácter de confidencial. Por lo tanto, al suministrarla infringiríamos preceptos de orden constitucional, tales como los derechos fundamentales a la privacidad, la intimidad y al buen nombre, entre otros de orden legal, puesto que, ella se enmarca en lo preceptuado en la Ley 1581 de 2012, que establece la reserva y confidencialidad de los datos personales. Divulgarlos o revelarlos sin contar con la autorización de quien tiene el derecho a disponer de ellos, nos acarrearía incluso inconvenientes de orden judicial.



Concretamente, el artículo 3 de la Ley 1581 de 2012, literal c), define que un dato personal es cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas, por consiguiente, la información laboral es personal y de carácter privado.

Por su parte, el literal b) del artículo 4 ibídem, prescribe que el tratamiento de los datos personales debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la Ley, la cual debe ser informada al Titular. Por lo tanto, los datos personales que una entidad pública o privada tenga en su sistema de información, los cuales haya obtenido para fines específicos tales como la prestación de servicios del Sistema de Protección Social, no puede usarlos para otros fines ni ponerlos en circulación. Concretamente, la Caja de Compensación Familiar

Carrera 45 No. 49 A – 16

Código postal: 050012

Medellín, Colombia

Teléfono: 251 61 55

www.comfama.com

comfama

Comfama, obtiene, conserva, utiliza y circula los datos de sus afiliados, únicamente para trámites relacionados con el Subsidio Familiar.

En concordancia con lo anterior, el artículo 9 ibídem, prescribe que para el uso o circulación de los datos personales se requiere la autorización previa e informada del titular, la cual deberá ser obtenida por cualquier medio que pueda ser objeto de consulta posterior. Las únicas excepciones a tal autorización están contempladas en el artículo 10 de la misma ley.

Dado que la información laboral es personal, de carácter privado y reservado, Comfama puede suministrarla a una persona diferente de su titular (el trabajador), si este lo autoriza por escrito o si una autoridad competente la requiere, para que obre como prueba dentro de un proceso legal. De otra forma, no podrá revelarse tal información.

Se muestra con este ejemplo cómo se aduce a la ley 1581 de 2012 para no revelar datos relacionados con la actividad laboral invocando la reserva que esta ley trae, así mismo los argumentos presentados en esta respuesta alegan que los datos personales *“deben obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la Ley, la cual debe ser informada al titular.”*

Si se tiene en cuenta lo mencionado por esta monografía sobre el entendimiento del derecho a la intimidad en razón al espacio en donde se realizan las interacciones sociales, el lugar de trabajo que si bien tiene una protección jurídica amplia al ser un lugar semi-reservado, debe entenderse también que esta protección no es absoluta y que en casos eventuales como el planteado en este texto, se deberá considerar que, al no resolverse de fondo la petición, toda vez que en esta se demuestra claramente que los datos que se pretenden obtener tienen como finalidad el ejercicio del derecho de acceso efectivo a la justicia para con este

obtener y ejercer correctamente el derecho de alimentos, se estaría lesionando de manera absoluta este derecho.

Es por esto que en caso de una respuesta que no resuelva de fondo la petición se deberá acudir a los demás mecanismos contenidos en el ordenamiento jurídico para poder acceder a la información.

4.3.2 RECURSO DE INSISTENCIA.

El recurso de insistencia se encuentra contenido tanto en la ley 1437 de 2011 modificada por la ley 1755 de 2015 así como en la ley 1712 de 2014. Este recurso procede cuando se obtiene una respuesta negativa ante una solicitud elevada ante autoridades públicas y privadas y en la cual se pretende que un juez administrativo resuelva si aquella negativa procede por estar amparada por considerarse información reservada o si, por el contrario, la autoridad a la cual se le solicitó la información debe otorgarla para así no vulnerar los derechos del solicitante.

En la legislación colombiana, se encuentra que el primer asomo del recurso de insistencia está contenido en la ley 57 de 1985 en donde se desprende de la lectura del artículo 21 de la misma, la posibilidad de insistir ante la administración cuando sea rechazada la petición que verse sobre información con carácter reservado.⁶⁸

Con base a este artículo, la Corte Constitucional en múltiples sentencias ha señalado que la acción de tutela es improcedente cuando el solicitante haya recibido como respuesta a su petición que esta información es de carácter reservado ya que es el recurso de insistencia el mecanismo idóneo para insistirle al juez que se dé la respuesta de fondo. Pero así mismo sostiene que la acción de tutela procede cuando la petición haya sido rechazada por algún motivo distinto al que se mencionó⁶⁹

Posteriormente, el artículo 27 de la ley 1712 de 2014 dispone que el solicitante podrá interponer el recurso de reposición una vez negada la información por motivos

⁶⁸ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 57 DE 1985, DIARIO OFICIAL, 5 DE JULIO DE 1985.

⁶⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-1025 DE 2007 MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

de reserva, el cual si es negado dará paso a la posibilidad de interponer el recurso de insistencia.⁷⁰

En tal sentido, este artículo establece:

Cuando la respuesta a la solicitud de información invoque la reserva de seguridad y defensa nacional o relaciones internacionales, el solicitante podrá acudir al recurso de reposición, el cual deberá interponerse por escrito y sustentando en la diligencia de notificación, o dentro de los tres (3) días siguientes a ella.

Negado este recurso corresponderá al Tribunal administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales, decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente, la petición formulada.

Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo en un plazo no superior a tres (3) días. En caso de que el funcionario incumpla esta obligación el solicitante podrá hacer el respectivo envío de manera directa.

El juez administrativo decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. Este término se interrumpirá en los siguientes casos:

1. Cuando el tribunal o el juez administrativo solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra información que requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente.
2. Cuando la autoridad solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. Si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo.

PARÁGRAFO. Será procedente la acción de tutela para aquellos casos no contemplados en el presente artículo, una vez agotado el recurso de reposición del Código Contencioso Administrativo.⁷¹

⁷⁰ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1712 DE 2014, POR MEDIO DE LA CUAL SE CREA LA LEY DE TRANSPARENCIA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA NACIONAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES, DIARIO OFICIAL NO.49084 DE 6 DE MARZO DE 2014

⁷¹ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1712 DE 2014, POR MEDIO DE LA CUAL SE CREA LA LEY DE TRANSPARENCIA Y DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA NACIONAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES, 6 DE MARZO DE 2014

Se encuentra también que, con la expedición de la ley 1755 de 2015 en su artículo 26, se regula el recurso de insistencia al establecer que el solicitante interesado podrá insistir en la petición de la información que ha sido negada por motivos de reserva.⁷²

Así pues, el artículo mencionado establece que:

Insistencia del solicitante en caso de reserva. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada.

Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. Este término se interrumpirá en los siguientes casos:

1. Cuando el tribunal o el juez administrativo solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra información que requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente.
2. Cuando la autoridad solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. Si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo.

PARÁGRAFO. El recurso de insistencia deberá interponerse por escrito y sustentado en la diligencia de notificación, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella.

La lectura de estos dos artículos muestra que el recurso de insistencia no se encuentra claramente regulado pues, por un lado, la ley 1712 de 2014 exige como requisito de procedibilidad interponer el recurso de reposición mientras que la ley 1755 de 2015 posibilita interponer de manera directa ante la negativa de la petición, el recurso de insistencia.

En este punto, se debe tener en cuenta que la ley 1712 de 2014 regula el acceso a la información pública como manifestación del derecho a la información, situando su atención en el sujeto obligado. Por otro lado, la ley 1755 de 2015 regula lo correspondiente al ejercicio del derecho de petición cuando verse tanto sobre información pública como privada.

⁷² COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1755 DE 2015, POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN Y SE SUSTITUYE UN TÍTULO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DIARIO OFICIAL No. 49.559 30 DE JUNIO DE 2015

Además, cabe anotar que son claros los casos que deben ser invocados como fundamento de la negación a la petición para que proceda este recurso. En este sentido, se tiene entonces que la ley 1712 de 2014 exige que la información sea negada invocando la reserva por razones de seguridad y defensa nacional o relaciones internacionales, mientras que la ley 1755 de 2015 establece que además de las razones contenidas en la ley anteriormente mencionadas, también aquella información que se considere reservada en los parámetros establecidos por el artículo 24 de esta ley.

Cabe mencionar qué tipo de información es considerada como reservada según los parámetros de la ley 1755 de 2015, que además también categoriza la información como pública o privada y reservada o no reservada, así pues, se puede leer que esos corresponden a:

Art. 24. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.
2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.
3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.
4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.
5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.
6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.
7. Los amparados por el secreto profesional.
8. Los datos genéticos humanos.

PARÁGRAFO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados

o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.⁷³

Relacionado con el caso concreto se desprende entonces que a partir de la redacción de esta norma en el numeral 3, en concordancia con el párrafo, existe un mandato legal que clasifica la información que contiene datos relacionados con la intimidad y la privacidad en las hojas de vida o historiales laborales como reservada por lo que solo podrá ser solicitada por el titular de la información o por quien este autorice expresamente, y por lo tanto esto llevaría a la necesidad de acudir al juez para que este sea quien ordene que se de la información solicitada.

No obstante, el artículo 25 sostiene que no se puede extender esta reserva a otros archivos del expediente. En tal sentido señala que:

Rechazo de las peticiones de información por motivo de reserva. Toda decisión que rechace la petición de informaciones o documentos será motivada, indicará en forma precisa las disposiciones legales que impiden la entrega de información o documentos pertinentes y deberá notificarse al peticionario. Contra la decisión que rechace la petición de informaciones o documentos por motivos de reserva legal, no procede recurso alguno, salvo lo previsto en el artículo siguiente.

La restricción por reserva legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella.

Es entonces importante comprender cómo opera el recurso de insistencia en el caso concreto ya que es el mecanismo planteado en la ley como el idóneo para reiterar la petición ante el juez administrativo, esto con el fin de que este considere si procede o no la petición respecto a información sobre la cual se esgrimió como argumento para no divulgarla el entrar en la categoría de reservada.

Así pues, el recurso de insistencia procederá únicamente cuando sea rechazada la petición por motivos de reserva, y será el juez de lo administrativo quien deberá, en un tiempo de 10 días hábiles, resolver de fondo la petición y ordenarle al empleador que le de los datos correspondientes al salario a la señora Juliana Sandoval, pues de lo contrario, habría que interponer la acción de tutela pues se estaría lesionando no solo el derecho a la petición sino el derecho efectivo de acceso a la justicia y se perpetuaría la lesión al derecho de alimentos del joven Julián Ramírez.

⁷³ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1755 DE 2015, POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN Y SE SUSTITUYE UN TÍTULO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DIARIO OFICIAL No. 49.559 30 DE JUNIO DE 2015

4.3.3 ACCIÓN DE TUTELA

Este apartado pretende exponer los elementos y el desarrollo del último mecanismo propuesto para la obtención de información clasificada como reservada: la acción de tutela.

Su fundamento jurídico se encuentra enmarcado en el artículo 86 de la Constitución Política, el cual establece que esta acción se puede reclamar ante los jueces con la finalidad de proteger de manera inmediata uno o varios derechos fundamentales que puedan verse vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una entidad pública. A su vez, este artículo señala que esta acción solo procede cuando *“cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*⁷⁴

La Corte Constitucional ha ido a lo largo de los años desarrollando este derecho. Mediante la sentencia T-871 de 1999, esta corporación sostuvo que:

La actividad del juez de tutela cuando se pide el amparo de derechos fundamentales debe estar dirigida a determinar: si no hay un medio alternativo de defensa judicial, en cuyo caso debe establecer si existió o no la violación del derecho y proceder en consecuencia a ampararlo o a desestimar la pretensión; si existe el medio alternativo de defensa judicial, debe juzgar si éste resulta o no idóneo y eficaz para la protección del derecho. Si acontece lo primero, la tutela es improcedente como instrumento definitivo de protección, pero el juez debe examinar si ella es viable como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Ante la segunda hipótesis, debe acceder a la tutela impetrada en forma definitiva si encuentra acreditada la violación del derecho.⁷⁵

Lo anterior pretende exhortar al juez a la revisión minuciosa de la procedibilidad de la acción de tutela cuando un derecho fundamental se ve afectado, pues como da a entender la Corte, esta acción solo procederá cuando no exista otro mecanismo igual de eficiente que permita la protección inmediata del derecho vulnerado. Esto debido a que, como señala la Corte, la tutela no busca reemplazar los diferentes mecanismos que existen dentro del ordenamiento de defensa judicial, por lo que es necesario agotar estos mecanismos antes de ejercer la acción de tutela.⁷⁶

⁷⁴ COLOMBIA, ASAMBLA NACIONAL CONSTITUYENTE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, GACETA CONSTITUCIONAL NRO. 116 DEL 20 DE JULIO DE 1991

⁷⁵ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-871 DE 1999 MP. ANTONIO BARRERA CARBONELL

⁷⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA SU 544 DE 2001 MP. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Señala entonces la Corte Constitucional que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio siempre y cuando se cumplan 2 premisas fundamentales:

1. Exista la inminente violación de un derecho fundamental
2. No exista otro medio de defensa judicial alternativo o este sea ineficaz para proteger los derechos vulnerados.

Observa la Corte que dicho mecanismo ordinario de defensa judicial no puede ser considerado en abstracto ya que de acuerdo con las particularidades del caso se debe comprobar si la posibilidad de ejercer este mecanismo ordinario si es eficaz para la protección del derecho vulnerado ya que al ser la tutela un mecanismo transitorio, esta supone que *"supone necesariamente la tramitación de otro proceso ordinario, frente al cual se acude a la tutela para lograr una protección transitoria o cautelar de los derechos fundamentales"*.⁷⁷

Es entonces como señala esta compañía que ante la no existencia de un mecanismo ordinario de defensa judicial que permita proteger el derecho vulnerado, la tutela no tendrá el carácter de subsidiario, sino que este se convierte en el mecanismo principal para la protección de ese derecho.

Con respecto a lo anterior, la Corte no ha tenido un parámetro claro que permita indicar cómo procede la acción de tutela como mecanismo subsidiario, ya que, en algunas ocasiones ha exhortado al demandante a adelantar el proceso ordinario ex ante a la acción de tutela, y en otros casos, señala que de no iniciar el proceso correspondiente la tutela como mecanismo subsidiario no prosperaría.

Explica la Corte Constitucional que:

En principio, no existe obligación alguna de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la tutela. Basta que dicha posibilidad esté abierta al interponerse la demanda. Con todo, debe observarse que, a fin de no desnaturalizar la figura, en aquellos casos en los cuales las acciones ordinarias están sujetas a caducidad o, en general, a limitaciones temporales, en principio le asiste al demandante la carga de iniciar la acción pertinente, sea al momento de interponerse la acción o durante su trámite -si el término de caducidad opera durante el trámite-.⁷⁸

Por otro lado, pese a que el tenor literal del artículo 86 que sostiene que la acción de tutela procede contra las autoridades públicas cuando por su acción u omisión vulneran algún derecho, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela también procede contra los particulares *"al ser estos también sujetos que*

⁷⁷ COLOMBIA, ASAMBLA NACIONAL CONSTITUYENTE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, GACETA CONSTITUCIONAL NRO. 116 DEL 20 DE JULIO DE 1991

⁷⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA SU-544 DE 2001 MP. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

ejercen poder sobre otras personas y frente a quienes dichas normas iusfundamentales producen un “efecto horizontal.””⁷⁹

Esta relación desigual puede estar fundamentada en relaciones jurídicas tanto legales como contractuales como en las situaciones donde no existan medios de protección idóneos que permita resistir la vulneración de un derecho fundamental.

Asimismo, esta posibilidad de ejercer la acción de tutela contra particulares ya había sido regulada mediante el Decreto 2591 de 1991 el cual dentro de su artículo 5º señala que la procedencia de esta acción también se dará contra las acciones u omisiones de particulares que vulneren derechos fundamentales de terceras personas.⁸⁰

Pero como se señaló, la acción de tutela frente a particulares al estar fundada en relaciones desiguales se deberá acudir a los conceptos de *subordinación* e *indefensión*. El primer concepto hace referencia a la condición en la cual una persona es dependiente de otra derivada de una relación jurídica en virtud de un contrato de trabajo o de las mismas relaciones sociales –padres e hijos, maestros y alumnos-. El segundo concepto hace referencia a la situación fáctica de “insuficiencia de medios físicos y jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales. La indefensión no es una circunstancia que pueda ser analizada en abstracto, requiere de un vínculo entre quien la alega y quien infringe que permita asegurar el nexo causal y la respectiva vulneración del derecho fundamental.”⁸¹

Se debe tener en cuenta entonces que el Decreto 2591 de 1991 trae los casos en los cuales los particulares se encuentran en la obligación de responder peticiones de acuerdo a características como “i) *cuando está encargado de la prestación de un servicio público* o ii) *su actuación afecta gravemente el interés colectivo*; o iii) *la persona que solicita el amparo constitucional se encuentra en un estado de subordinación o de indefensión.*”⁸²

Así las cosas, en el caso tipo planteado, la acción de tutela procedería como mecanismo subsidiario del derecho de petición y el subsecuente recurso de insistencia, toda vez que la legitimación se deriva de la relación filial entre Javier Ramírez y Julián Ramírez, así como el carácter de subordinación e indefensión.

⁷⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-909 DE 2011 MP. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

⁸⁰ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, DECRETO 2591 DE 1991, POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA ACCIÓN DE TUTELA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 86 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, DIARIO OFICIAL, 19 DE NOVIEMBRE DE 1991

⁸¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-122 DE 2005, MP. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

⁸² COLOMBIA, ASAMBLA NACIONAL CONSTITUYENTE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, GACETA CONSTITUCIONAL NRO. 116 DEL 20 DE JULIO DE 1991

Asimismo, al encontrarse el salario dentro de los datos categorizados como reservados frente a terceros, el derecho de petición parece resultar ineficaz para la protección del derecho del menor a obtener alimentos, por lo tanto se cumplen las premisas que la Corte Constitucional ha recogido para la procedencia de la tutela frente a particulares.

4.4 TEST DE PROPORCIONALIDAD

4.4.1. LA PONDERACIÓN COMO HERRAMIENTA HERMENÉUTICA

En los capítulos precedentes se le presentan al lector los conceptos más importantes tanto del derecho a la intimidad como del derecho de alimentos, así como también un panorama claro sobre los medios o recursos que puede desplegar la Sra. Juliana Sandoval con miras a obtener la protección del derecho de alimentos del menor.

No obstante del estudio de los mecanismos y recursos que pueden accionarse para el caso concreto, no se sigue la posibilidad de resolver la tensión de derechos que se genera entre el derecho de alimentos cuyo cumplimiento satisface el mínimo vital y la vida digna, y el derecho de intimidad, motivo por el cual es preciso retomar la técnica de la ponderación de derechos propuesta por Robert Alexy, que supone un esquema metodológico para identificar los elementos tanto jurídicos como fácticos que permitirían formular una solución para el caso concreto.

Por lo anterior exponemos en primer lugar el contenido del juicio de ponderación partiendo de su fundamentación teórica y jurisprudencial, posteriormente se realiza el juicio de ponderación para el caso tipo propuesto y se presentan sus conclusiones.

Una vez expuestos los resultados del test de ponderación se analiza si en los mecanismos o recursos arriba mencionados para el caso concreto se adopta la lógica de la ponderación y sus consideraciones constitucionales, pudiendo así evidenciar si tales mecanismos se encuentran o no ajustados a lo que obliga el análisis sistémico e integral del sistema jurídico, integrado mediante el juicio de ponderación

Cuatro características corresponden al juez: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente. SÓCRATES

Para hablar de la ponderación en materia de derechos debemos partir por entender que el sistema jurídico como sistema social se compone preeminentemente de interacciones entre sujetos de derecho estando éstas guiadas por las normas jurídicas, cada una de ellas observando sus propias consideraciones.

Si bien es importante comprender los elementos formales de los derechos fundamentales en tensión, de este análisis no se sigue la posibilidad de resolver situaciones de tensión de derechos puesto que todos los principios fundamentales se encuentran fundados en la dignidad humana como principio inescindible del individuo, motivo el que deben siempre ser observados.

Es entonces en el contexto de la tensión entre derechos fundamentales, que en el caso concreto versa sobre el derecho a la intimidad en relación con el derecho de alimentos, que se materializa la importancia de la ponderación pues plantea un esquema lógico de argumentación práctica que permite solucionar, con base en la argumentación e incorporando tanto elementos formales como materiales, la situación de tensión entre derechos antes mencionada en el caso tipo.

El derecho es principalmente cuestión de lenguaje y por ello debemos diferenciar entre los diferentes usos y por lo tanto contenidos de la ponderación. Para la RAE⁸³ *ponderación* puede definirse como determinar el peso de algo, examinar con cuidado algún asunto, contrapesar o equilibrar o, atribuir un peso a un elemento de un conjunto con el fin de obtener la media ponderada. De esta definición podemos entonces resaltar que la ponderación, incluso en su uso común en contextos sociales, supone la actividad de sopesar o analizar con detenimiento una determinada cuestión, atribuyéndole valores a lo analizado.

Para lograr abarcar el contenido de la *ponderación* en el sistema jurídico es preciso partir de la concepción de *imperativo categórico* que plantea E. Kant en su libro "Crítica de la Razón Práctica"⁸⁴.

Para Kant un sistema ético puede bien ser heterónomo o autónomo. El primero se supone incapaz de dotarse a sí mismo de moral por lo cual obedece a estímulos externos como lo son las sanciones dispuestas por las normas para ajustar su comportamiento, el sistema ético de tipo autonómico por lo contrario tiene la vocación de crear sus propios conceptos sobre moralidad, pues supone que el ser humano es un ser racional y por consiguiente deberá adoptar consideraciones morales en sus acciones. Surge entonces en los sistemas éticos autónomos la necesidad de adoptar la noción de *imperativo categórico* pues es en razón de esto que se dotan de contenido moral.

Resalta E. Kant la regla del *imperativo categórico* se compone de tres dimensiones⁸⁵siendo estas las siguientes:

- a) La formula de universalización que plantea: "obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal" y posteriormente concluye

⁸⁴ KANT, E. Crítica de la Razón Práctica. Buenos Aires: Losada, 2008. ISBN: 9500393174

⁸⁵ Kant: ética del imperativo categórico, Mijail Malishev* CITAR BIEN, Está descargado en pc

“(…) “obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza” (Kant, 1995: 39-40).

b) La fórmula de la personalidad sobre la cual dice Kant: “obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio (Kant, 1995: 44-45).”

c) La fórmula de autonomía que busca definir Kant de la siguiente manera: “la voluntad [...] no está sometida exclusivamente a la ley, sino que lo está de manera que puede ser considerada como legislándose a sí propia, por eso mismo, y sólo por eso, sometida a la ley [...]” (1995: 46).”

Las diferentes formas o dimensiones del imperativo categórico configuran los elementos constitutivos del universo de la moral kantiana y sobre esto precisa que, si bien son diferentes, se encuentran en permanente interacción y aplicación.

Así pues, inspirado en el sistema moral que planteó Kant para las interacciones humanas surge el concepto razón práctica para Robert Alexy, episteme que posteriormente servirá para cimentar su teoría sobre ponderación de derechos.

Así las cosas es preciso entonces afirmar que no es Robert Alexy quien crea el concepto de la razón práctica sino que la importancia de sus planteamientos radica en lograr una aplicación de este principio en el sistema jurídico. Para esto se vale de definir razón práctica “como nuestra capacidad de pensamiento crítico sobre los problemas que surgen a medida que vamos estructurando una forma de conducta, en un contexto en donde debemos estar preparados para defender, y si fuese necesario revisar, nuestra manera de pensar en respuesta a lo que otros tengan que decir sobre el tema”⁸⁶

(Alexy 1992, 231).

La razón práctica se manifiesta en el sistema jurídico pues integra la ponderación como herramienta hermenéutica en su proceso de toma de decisiones, exhortando a los operadores jurídicos a observarla. La ponderación tiene por virtud y finalidad orientar las acciones hacia la racionalidad del sistema jurídico y por consiguiente poniendo la teoría propia del sistema jurídica al servicio de la práctica, específicamente en el proceso de decisión respecto a los llamados casos grises o difíciles del derecho.

Ahora bien, para lograr adoptar el contenido de la razón práctica en el sistema jurídico Alexy acoge la teoría descriptiva de corrección práctica que supone que una posición se toma como correcta si y solo si se encuentra justificada en un proceso

⁸⁶ ALEXY, R. A Discourse Theoretical Conception of Practical Reason, citado por BERTEA, S. El Derecho y la Razón Práctica. En: BERNAL PULIDO, C. La doble dimensión del Derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy. Lima: Palestra, 2011, p. 231.

argumentativo dialógico⁸⁷, manteniendo así los estándares del discurso racional. Es pues la razón práctica un proceso para llegar a juicios prácticos correctos y en seguimiento de los elementos de la racionalidad discursiva.

La argumentación dentro del sistema jurídico es esencialmente dialógica pues no podemos entender éste como un sistema subjetivo y por consiguiente monológico sino que toma en cuenta los argumentos de otros sujetos.

El sistema jurídico integra una lógica argumentativa intersubjetiva respecto la cual sólo se puede llegar a juicios prácticos correctos si se tiene en cuenta a cada individuo que se ve envuelto en el problema práctico.

Así las cosas se justifica la *razón práctica* en materia de derecho no en razón del juicio final al que se llega sino respecto al proceso discursivo racional mediante el cual a éste se arriva. Resalta entonces Alexy que el sistema jurídico necesita a la razón práctica para legitimarse, así como la razón práctica necesita del derecho para lo mismo, hallar legitimación o fundamento.

Surge entonces en este punto la importancia de la división que plantea Dworkin respecto las normas jurídicas, clasificándolas entre reglas y principios. La importancia de la diferencia entre estas radica principalmente en el carácter piramidal que tienen las normas de acuerdo a la lógica Kelseniana pues las reglas funcionarían como meras disposiciones jurídicas y los principios tales como la libertad, autonomía, entre otros que se puedan considerarse normas fundamentales, serían *imperativo categórico* desde la lógica Kantiana o *mandatos de optimización* dentro del sistema de pensamiento propuesto por Alexy.

Tenemos pues que para Robert Alexy el sistema jurídico tiene la contingente necesidad de justificarse a sí mismo por medio de la implementación de la razón práctica en sus cavilaciones, esto con el fin de alcanzar la racionalidad del sistema jurídico a través de la valoración integral tanto de los mandatos de optimización como de las normas jurídicas en sentido amplio.

Para esto los posteriores desarrollos jurisprudenciales se han ocupado de construir la teoría del test de proporcionalidad, que tiene por virtud integrar la ponderación y racionalidad exigible al sistema jurídico en la solución de casos concretos y, para efectos de la presente tesis, resolver el caso tipo.

4.4.2. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Como propuesta metodológica y en razón del múltiple abanico de nombres con los cuales definió la Corte Constitucional en sus inicios y posteriores desarrollos

⁸⁷ Por proceso dialógico comprendemos aquel proceso que involucra

al test de proporcionalidad⁸⁸ sin variar con esto su contenido, utilizamos entonces en la presente monografía la expresión *ponderación* para referirnos a la propuesta teórica de Robert Alexy y sus derivados conceptuales y por otro lado, *test de proporcionalidad* para expresar el examen que realiza la Corte Constitucional basado en criterios de *ponderación* y que tiene como finalidad decidir sobre un caso concreto.

Para el sistema jurídico colombiano el test de proporcionalidad y su contenido representaron un evidente avance en materia de protección constitucional puesto que a la luz del principio de ponderación y en consideración integral de los principios con miras al respeto de la dignidad humana, se cambió el modelo positivista previo que suponía una aplicación exegética de la norma.

Con la llegada de la Constitución Política colombiana el ejercicio de la actividad de los operadores jurídicos cambió de aplicar la norma jurídica de manera exegética, practica muy propia del positivismo jurídico, a ser a partir de 1991 una actividad susceptible de ser valorada de manera integral con el ordenamiento jurídico y las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Así pues, se plantea que la norma fundante del test de proporcionalidad en Colombia se encuentra establecida en el art. 2 de la Constitución Política que reza: *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)*⁸⁹ (Subrayado fuera del texto)

El anterior principio constitucional cumple entonces la función de ser un mandato de optimización pues dispone una concepción de justicia que deberá estar encaminada hacia la efectividad de los principios de manera general, entendiéndolos como mandatos de consideración. Debido a lo anterior, ante el eventual choque entre uno o varios principios en una situación concreta debe entonces valorarse un test de ponderación que involucre las consideraciones propias de cada principio y permita decidir su grado de aplicación. Se avanza entonces hacia la concreción de una *justicia principialista*.

No obstante, del mero principio derivado del artículo segundo de la constitución no se siguen los criterios de decisión, motivo por el cual la jurisprudencia se ha visto conminada a dotar de contenido al test de proporcionalidad, comenzando por definir e incorporar en su razonamiento los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

De dicho proceso jurisprudencial procedemos a resaltar las sentencias mas importantes con miras a poner en consideración del lector el estado del arte

⁸⁸ También se le ha nombrado por la Corte Constitucional como test de razonabilidad y test de igualdad, no obstante el contenido es el mismo.

⁸⁹ COLOMBIA, ASAMBLA NACIONAL CONSTITUYENTE, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, GACETA CONSTITUCIONAL NRO. 116 DEL 20 DE JULIO DE 1991

constitucional sobre el test de proporcionalidad, a partir del análisis de la jurisprudencia constitucional.

Respecto al contenido de la *razonabilidad* en la sentencia T-422 de 1992 cuyo magistrado ponente fue EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, se plantea lo siguiente:

(...) Al juez constitucional no le basta oponer su "razón" a la del legislador, menos cuando se trata de juzgar la constitucionalidad de una norma legal. La jurisdicción es un modo de producción cultural del derecho; el poder del juez deriva exclusivamente de la comunidad y sólo la conciencia jurídica de ésta permite al juez pronunciarse sobre la irrazonabilidad o no de la voluntad del legislador.⁹⁰

Por *proporcionalidad* entendemos, en razón de la sentencia inmediatamente precedente que dicho principio busca que *la medida no solo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.*⁹¹

Así mismo plantea Bernal Pulido en su libro "El derecho de los derechos" respecto a las relaciones entre ponderación y razonabilidad lo siguiente:

Mientras el objeto de la razonabilidad es la finalidad de la diferenciación, la proporcionalidad se refiere a las consecuencias jurídicas de dicha diferenciación⁹²

En razón de la aplicación de la proporcionalidad en el sistema jurídico colombiano se erige como elemento estructurante del juicio de ponderación el análisis de medios y fines. En tal sentido establece la Corte Constitucional: "*El juicio de proporcionalidad entre el fin buscado por la norma y los medios escogidos para ello tiene en cuenta no sólo la necesidad y la adecuación de estos últimos al primero, sino además la existencia de otros medios alternativos que, siendo menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos, podrían lograr igual cometido.*"⁹³

En análisis de fines y medios, también llamado mandato de adecuación técnica por la doctrina, encuentra su fundamento doctrinario, tal como plantea Laura Clérigo, en lo siguiente:

El mandato de adecuación técnica exige la implementación de un medio cuyos efectos contribuyan al fomento del fin perseguido. Visto desde la perspectiva de quién aplica el derecho (en principio, el juez, el administrador) se trata de un control posterior a la selección del medio escogido. Así, se examina si el medio escogido es

⁹⁰ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-422 DE 1992, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

⁹¹ Ibid

⁹² BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos, p. 75. BOGOTÁ: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2005. ISBN: 978-985-710-970-2

⁹³ Op. cit

capaz de fomentar el fin buscado. El examen de adecuación técnica supone una relación de medio-fin.⁹⁴

Respecto a la ponderación son las jurisprudencias alemanas y norteamericanas quienes mayores aportes han realizado a la materia motivo por el cual sus postulados fueron recogidos por la Corte Constitucional en las posteriores sentencias.

La Sentencia C-022 de 1996 adopta lo considerado por la teoría alemana respecto a la proporcionalidad como manifestación de la razonabilidad y en tal sentido establece: *“La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad.”*⁹⁵

Así pues recoge la Corte Constitucional, como pasos del test de proporcionalidad en sentido estricto, como propuesta metodológica para abordar un caso concreto los siguientes:

a) Adecuado para el logro de un fin constitucionalmente valido, también llamado mandato de adecuación técnica y que implica analizar la medida objeto de estudio como medio para la consecución de un determinado fin, en aras de dilucidar si existe un medio alternativo menos gravoso.

b) Necesario, desarrolla el mandato de concordancia práctica que implica analizar los efectos que tiene la medida respecto a la limitación a los derechos que supone en cada caso concreto.

c) Proporcionado, lo que supone el análisis de los elementos analizados en los anteriores dos pasos con miras a determinar si se ajustan o no a la luz de la lectura integral de la constitución.

Continúa entonces la corte dotando de contenido al test de proporcionalidad por medio de la adopción del análisis de medios- fines mediante la Sentencia C-070 de 1996 que establece:

El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios. Como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación

⁹⁴CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009. P. 61

⁹⁵COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-022 DE 1996, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

de derechos constitucionales, sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales. En términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal.⁹⁶

Sobre el análisis de fines-medios se entiende, desde los albores de la ponderación en la jurisprudencia alemana, que se debe agotar dicho análisis pues responde a la pregunta ¿sirve la medida como medio para lograr los fines esperados? Debiendo indagarse entonces respecto a los fines y la utilidad de los medios, en relación con los principios constitucionales. Este constituye un elemento necesario del test de proporcionalidad.

Posteriormente la Corte Constitucional retoma de la jurisprudencia norteamericana el test de igualdad o razonabilidad, que plantea una metodología clara para plantearse las cuestiones de tensiones entre derecho, cimentando así las bases del test de proporcionalidad en sentido estricto en el sistema jurídico.

A partir de los fallos C-093 de 2001 y C-673 de 2001, esta Corte consideró la posibilidad de aprovechar las ventajas de cada uno de los test, debido a que en el fondo confluyen herramientas hermenéuticas compatibles, en tanto se estructuran a partir de un análisis de medios y fines alrededor de las decisiones de los poderes públicos. Con ello, consideró este Tribunal que se aprovecharía, entonces, el mayor poder analítico del juicio de proporcionalidad, con el carácter diferencial del test de igualdad.⁹⁷

La sentencia C-919 de 2002 reafirma entonces el papel que juega el test de proporcionalidad dentro de la dinámica jurídica, esto en razón que cumple con la función de integrar e interpretar las diferentes normas del ordenamiento jurídico.

(...) En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 CP.), fuerza normativa de

⁹⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-070 DE 1996, MP. EDUARDO CIFUENTES

⁹⁷ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-520 DE 2016, MP. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

la Constitución (artículo 4 CP.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 CP.).⁹⁸

Ahora bien, respecto al principio de ponderación planteamos puede ser este de tipo estricto⁹⁹ o amplio. Para efectos de solucionar un caso, cuya solución comprende decidir sobre derechos fundamentales, es preciso realizar un juicio de ponderación en sentido estricto, dado que como mencionamos anteriormente los derechos fundamentales deben ser siempre observados y por ende incorporados al análisis en forma de reglas o mandatos de consideración, en tal sentido la sentencia C-822 de 2005 establece:

Por lo tanto, corresponde a la Corte aplicar un juicio de proporcionalidad estricto. Ello implica que los fines deben ser imperiosos, los medios no sólo idóneos sino además necesarios para alcanzar dichos fines y que las medidas no conlleven una limitación desproporcionada de los derechos del imputado, frente a los fines buscados. Este juicio lo hará la Corte Constitucional en abstracto y, en cada caso concreto, corresponderá al juez de control de garantías velar porque en la aplicación de esta medida se respeten estos principios (...)¹⁰⁰

Así mismo la sentencia C-822 de 2005 establece los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, elementos fundantes del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en el sentido que se procede a exponer:

Respecto al principio de idoneidad es preciso resaltar que incorpora el contenido de lo que la doctrina constitucional ha llamado *mandato de adecuación técnica*, consistiendo este en el análisis de los fines de las normas jurídicas respecto a los medios que despliega para la consecución de los mismos. Así pues puede anañizarse cada aspecto de manera individual pudiendo identificar si la norma cumple los fines, así como también si con sus medios afecta otros fines constitucionalmente protegidos. En tal sentido plantea la corte:

De conformidad con el principio de idoneidad, debe existir una relación de causalidad entre el medio empleado y el fin buscado de tal forma que éste sea apto para conseguir el fin que se pretende alcanzar, esto es, que la naturaleza de la medida sea en sí misma adecuada para alcanzar el fin. Ahora bien, como ese fin ha de ser específico y concreto dentro de la investigación, es indispensable que se precise el ámbito subjetivo y material de aplicación de la medida, prohibiendo de esta forma su aplicación generalizada, aleatoria o indiscriminada.¹⁰¹

⁹⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-919 de 2002. Manuel José Cepeda Espinosa

⁹⁹ Es este aquel que se encuentra orientado por reglas tales como los principios fundamentales, entre otros mandatos de consideración

¹⁰⁰ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-822 de 2005. MP. MANUEL JOSÉ CEPEDA

¹⁰¹ Ibid

El principio de necesidad trae a colación dos aspectos fundamentales del juicio de ponderación siendo estos: a) *Dererminación del peso abstracto*, de los principios en colisión y; b) *Mandato de concordancia práctica*, que implica el análisis concreto de los principios en tensión con miras a la concreción de la prohibición de la exigencia de lo insoportable.

(...) Según el principio de necesidad, la medida ordenada debe corresponder a la alternativa menos gravosa para el logro del fin buscado dentro del abanico de opciones con un nivel de efectividad probable semejante. (...) Con respecto al principio de necesidad, este se manifiesta en la medida ordenada que debe corresponder a una alternativa menos gravosa para el logro del fin buscado dentro de las opciones que tienen un nivel de efectividad semejante. Por lo tanto, se debe analizar con base a este principio si (i) la gravedad de la conducta, (ii) la existencia de motivos atinentes a las características de la conducta que justifiquen la intervención, (iii) una evaluación previa de otras medidas de intervención para poder determinar si la alternativa escogida resulta menos gravosa y (iv) medidas que permitan evidenciar que las otras alternativas son infructuosas.¹⁰²

Habiendo entonces desplegado el análisis propio de los principios de idoneidad y necesidad, resta entonces y para efectos de hallar solución a un caso concreto desplegar el análisis del principio de proporcionalidad. En tal sentido establece la corte: *“Por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica para determinar si la afectación a los intereses individuales resulta proporcional a la relevancia del bien jurídico que se busca salvaguardar, pudiendo desplegarse entonces este análisis cuando necesite resolverse una situación concreta de tensión de derechos.”*¹⁰³

El test de proporcionalidad que realiza la Corte Constitucional en la sentencia T-933 de 2005 versa sobre la tensión generada entre la autonomía de los centros educativos, por un lado y el derecho a la educación por otro. Así las cosas la corte plantea al respecto un juicio de ponderación con las siguientes finalidades:

En este último caso, se está frente al fenómeno de la concurrencia o coexistencia de derechos. Por un lado, el derecho constitucional a la educación y, por el otro, el derecho a la autonomía de los centros educativos, materializado en las obligaciones previstas en el reglamento estudiantil y las consecuencias que se derivan de su incumplimiento. Como ha quedado dicho, cuando estos dos derechos entran en conflicto y no es posible su armonización, el juez debe proceder a realizar un juicio de ponderación a favor del derecho a la educación si la consecuencia del conflicto es su desconocimiento y negación. El propósito de la ponderación no es excluir o eliminar el derecho a la autonomía sino establecer una prelación en el tiempo a favor

¹⁰² Ibid

¹⁰³ Ibíd.

del derecho a la educación en aras de impedir que sea suspendido o negado indefinidamente^{104 105}.

Así mismo, en la precedente sentencia la Corte Constitucional teoriza sobre qué sucede cuando un operador jurídico decide, en razón de la interpretación de una disposición jurídica, establecer la prevalencia transitoria de un principio sobre otro, para efectos de la solución de un caso concreto.

Sobre esta situación dispone la Corte Constitucional:

En relación con este tema, la Corporación viene sosteniendo que la Carta Política no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa condicionada a las circunstancias específicas de cada caso, de manera que le compete al legislador y a los operadores jurídicos, en el ámbito de sus competencias, procurar armonizar los distintos derechos y principios, y cuando ello no sea posible, es decir, cuando surjan conflictos entre ellos, entrar a definir las condiciones de prevalencia temporal del uno sobre el otro.¹⁰⁶

La sentencia T-013 de 2006 reitera el carácter armónico e integral con el cual deben interpretarse los principios constitucionales y plantea el juicio de ponderación como el juicio que permite la concreción de dicho enunciado. Sobre el juicio de ponderación la Corte Constitucional establece:

Precisamente, a fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite dichas ponderaciones. En efecto, más que normas que adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, la Carta consagra estándares de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro. “Ciertamente, al optar por un sistema de ‘pluralismo valorativo’, la Carta adoptó un modelo en el cual las normas iusfundamentales tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos”.¹⁰⁷

Posteriormente consideramos preciso analizar el contenido de la sentencia C-520 de 2016 pues recoge lo hasta el momento enunciado por la Corte Constitucional, haciendo énfasis en la aplicación del *test integrado de proporcionalidad* que recoge lo planteado por la jurisprudencia norteamericana y permite conducir el análisis de acuerdo a tres niveles de intensidad que, a juicio de la corte son:

El test de igualdad norteamericano se caracteriza porque el examen se desarrolla mediante tres niveles de intensidad: (i) por regla general, se aplica un control débil o

¹⁰⁴ Subrayado fuera del texto original

¹⁰⁵ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-933 de 2005, M.P RODRIGO ESCOBAR GIL

¹⁰⁶ Ibid

¹⁰⁷ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-013 de 2006, MP. RODRIGO ESCOBAR GIL

flexible, en el cual el estudio se limita a determinar si la medida adoptada por el legislador es potencialmente adecuada o idónea para alcanzar un fin que no se encuentra prohibido por la Constitución; (ii) el juicio intermedio se aplica a escenarios en los que la autoridad que ha adoptado medidas de diferenciación positiva (acciones afirmativas). En este análisis el examen consiste en determinar que el sacrificio de parte de la población resulte proporcional al beneficio esperado por la medida frente al grupo que se pretende promover; (iii) por último, el examen estricto se efectúa cuando el legislador, al establecer un trato discriminatorio, parte de categorías sospechosas, como la raza, la orientación sexual o la filiación política. En tal caso, el legislador debe perseguir un fin imperioso, y la medida debe mostrarse como la única adecuada para lograrlo.¹⁰⁸

En ese contexto, no parece adecuado suponer que el control debe ser distinto para los derechos constitucionales fundamentales y para los derechos constitucionales no-fundamentales pues, en principio, todos los derechos constitucionales tienen naturaleza fundamental. En cambio, parece un criterio más fértil para el desarrollo del test, distinguir entre las obligaciones de aplicación inmediata, ligadas tanto de facetas positivas como negativas de los derechos, y obligaciones de naturaleza progresiva, concediendo un mayor margen al legislador para el desarrollo de las segundas.

En tal sentido señala:

Afirma la Corte en sentencia C-288 de 2012 que las propiedades de interdependencia e indivisibilidad de los derechos fundamentales han permitido concluir a la jurisprudencia constitucional que “los derechos fundamentales son aquellos que (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y (iii) sobre cuya fundamentalidad existen consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario.” A su vez, es la posibilidad de “traducción” en derechos fundamentales subjetivos es un asunto que debe analizarse en cada caso y hace referencia a la posibilidad de determinar la existencia de una posición jurídica subjetiva de carácter iusfundamental en el evento enjuiciado o de establecer si están plenamente definidos el titular, el obligado y el contenido o faceta del derecho solicitado por vía de tutela, a partir de los citados consensos.¹⁰⁹

Ahora bien, respecto al test de proporcionalidad que utilizaremos para resolver la situación jurídica planteado en el caso tipo es preciso conocer que tipo de test debemos adelantar, elección que debe realizarse en consideración a la materia a ponderar. Así pues establece la corte en la anterior sentencia:

Es así como la Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como

¹⁰⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-520 de 2016, M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

¹⁰⁹ *Ibíd.*

las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental (En este punto debe entenderse que se hace referencia a una faceta negativa o prestacional mínima y exigible de forma inmediata en virtud de la Constitución o el DIDH); 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.¹¹⁰

Habiendo entonces estudiado cómo el juicio de proporcionalidad se ha integrado en la jurisprudencia colombiana podemos identificar tanto los tipos de ponderación administrables como los elementos estructurales de dichos juicios. Así pues podemos extraer dicha información y metodología para adelantatar entonces un test de proporcionalidad en sentido estricto cuyo contenido procederemos a enunciar.

4.5. APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN EL CASO TIPO PLANTEADO

Del análisis realizado anteriormente puede rescatarse que Corte Constitucional acoge la proporcionalidad como criterio de análisis y solución de conflictos que suponen tensión de derechos, creando una jurisprudencia sólida que exhorta a realizar análisis principialistas del derecho y obviar las prácticas exegéticas que pueden suponer sentencias que si bien se encuentran ajustadas a derecho, no se materializa en ellas los fines del Estado.

La ponderación se materializa en el sistema jurídico colombiano mediante la aplicación del test de proporcionalidad que tiene por finalidad integrar tanto la teoría como los principios del derecho a la solución de casos grises o complejos, dotando a los operadores jurídicos de herramientas hermenéuticas que permiten análisis principialistas orientados a la solución de casos concretos.

Así pues surge para el caso tipo que será objeto de estudio la necesidad de adelantar un juicio de ponderación que permita, adelantando las tres etapas del análisis, resolver la situación de tensión de derechos entre la intimidad y los alimentos.

Para el caso concreto y en razón de la Sentencia C-520 de 2016 debemos realizar un test de ponderación en sentido estricto toda vez que *prima facie* afecta el goce de un derecho fundamental subjetivo, bien sea visto desde la óptica del hijo que pretende la determinación de su derecho de alimentos como desde el padre que busca la salvaguarda de su derecho a la intimidad.

¹¹⁰ Ibíd.

Tenemos entonces que los elementos estructurantes del test de proporcionalidad en sentido estricto son: a) *Principio de idoneidad*, que comprende el mandato de adecuación técnica entre fines y medios; b) *Principio de necesidad*, que busca determinar el peso abstracto y concreto de los mandatos de consideración en tensión, con miras a satisfacer el mandato de concordancia práctica; c) *Principio de proporcionalidad*, que se erige como metodología de elaboración y análisis de los resultados de los juicios precedentes.

Se procede entonces a plantear cada uno de los pasos del test de proporcionalidad de manera individual, con miras a resolver la situación planteada en el caso tipo propuesto como objeto de estudio de la presente monografía.

4.5.1. PRINCIPIO DE IDONEIDAD:

Para abordar el estudio del principio de idoneidad en el caso concreto es preciso realizar un análisis independiente para cada uno de los sujetos involucrados en la tensión de derechos, esto en razón de que la situación jurídica que engloba los intereses de cada sujeto es diferente, estando por el lado del padre marcada por su derecho fundamental a la intimidad y, por el lado del hijo por el derecho de alimentos.

El análisis de fines y medios que se despliega desde la óptica del Sr. Javier Ramírez corresponde a una legítima interpretación de lo dispuesto mediante el art. 15 de la Constitución Política y que dispone el derecho a la intimidad personal.

Como manifestación del derecho a la intimidad se crea la Ley 1581 de 2012, también llamada *Ley de Tratamiento de Datos* que establece como medida de protección para los datos personales en sus artículos 9 y 10 lo siguiente:

ARTÍCULO 9o. AUTORIZACIÓN DEL TITULAR. Sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley, en el Tratamiento se requiere la autorización previa e informada del Titular, la cual deberá ser obtenida por cualquier medio que pueda ser objeto de consulta posterior.

ARTÍCULO 10. CASOS EN QUE NO ES NECESARIA LA AUTORIZACIÓN. La autorización del Titular no será necesaria cuando se trate de:

- a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial;
- b) Datos de naturaleza pública;
- c) Casos de urgencia médica o sanitaria;

d) Tratamiento de información autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos;

e) Datos relacionados con el Registro Civil de las Personas.

Quien acceda a los datos personales sin que medie autorización previa deberá en todo caso cumplir con las disposiciones contenidas en la presente ley.

De la lectura de los artículos 9 y 10 de la *ley de protección se datos* se evidencia que al establecer de manera taxativa los casos en que puede entregarse el dato personal sin contar con la autorización del titular del mismo, se entiende extensiva *per se* la protección a todos los datos relativos a la persona, salvo aquellos que son de naturaleza pública.

Como manifestación del derecho a la intimidad en el caso concreto el Sr. Javier Ramírez puede oponerse a entregar su salario puesto que pese a ser necesario para la eficacia del derecho de alimentos, esta situación no se encuentra como una causal dentro de los casos considerados por la ley de manera taxativa. No obstante, tal como se ha enunciado a lo largo del texto esta situación plantea una tensión de derechos que deberá ser resuelta.

Es preciso además plantear que en la práctica el salario como dato necesario para un proceso de alimentos no se le suele solicitar al titular del dato sino a la empresa donde este labora y que para efectos prácticos es quien realiza el tratamiento del dato. La empresa como responsable del tratamiento y sujeto a quien se le solicita el dato suele resolver la petición de manera negativa pues es clara la ley al establecer que los datos solo podrán ser tratados¹¹¹ y por lo tanto entregados a un tercero previa autorización del titular de los mismos o, volviendo al tema, en presencia de alguna de las causales antes mencionadas y derivadas del art. 10 de la Ley 1581 de 2012.

Así pues, respecto al análisis la Ley 1581 de 2012 entendida como el medio implementado en salvaguarda del derecho a la intimidad es preciso puntualizar que, si bien es eficaz para lograr sus fines no es el menos gravoso respecto a terceros puesto que protege de manera indistinta todos los datos relativos a la persona y deja el control de los casos complejos al juez o autoridad administrativa, lo que genera dificultades y demoras que en algunos casos pueden repercutir en el ejercicio de derechos fundamentales de terceros.

En atención a lo anterior sería entonces menos gravoso para terceros en el caso tipo que el Sr. Javier Ramírez entregue el dato correspondiente de su salario a su hijo, en razón que como se ha enunciado a lo largo del texto es necesario para hacer

¹¹¹ Por tratamiento de datos se entiende en razón del art. 22 de la Ley 1581 de 2012 “Cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión”

efectivo el derecho de alimentos del menor y este se encuentra legitimado para conocerlo.

En este caso debería el hijo seguir los deberes que corresponden a los responsables del tratamiento de datos personales que consagra el artículo 17 de la Ley 1581 de 2012, salvaguardando así el derecho a la intimidad del titular del dato.¹¹²

Al respecto este artículo señala:

DEBERES DE LOS RESPONSABLES DEL TRATAMIENTO. Los Responsables del Tratamiento deberán cumplir los siguientes deberes, sin perjuicio de las demás disposiciones previstas en la presente ley y en otras que rijan su actividad:

- a) Garantizar al Titular, en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de hábeas data;
- b) Solicitar y conservar, en las condiciones previstas en la presente ley, copia de la respectiva autorización otorgada por el Titular;
- c) Informar debidamente al Titular sobre la finalidad de la recolección y los derechos que le asisten por virtud de la autorización otorgada;
- d) Conservar la información bajo las condiciones de seguridad necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento;
- e) Garantizar que la información que se suministre al Encargado del Tratamiento sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible;
- f) Actualizar la información, comunicando de forma oportuna al Encargado del Tratamiento, todas las novedades respecto de los datos que previamente le haya suministrado y adoptar las demás medidas necesarias para que la información suministrada a este se mantenga actualizada;
- g) Rectificar la información cuando sea incorrecta y comunicar lo pertinente al Encargado del Tratamiento;
- h) Suministrar al Encargado del Tratamiento, según el caso, únicamente datos cuyo Tratamiento esté previamente autorizado de conformidad con lo previsto en la presente ley;
- i) Exigir al Encargado del Tratamiento en todo momento, el respeto a las condiciones de seguridad y privacidad de la información del Titular;

¹¹² COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1781 DE 2012, POR LA CUAL SE DICTAN DISPOSICIONES GENERALES PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, 18 DE OCTUBRE DE 2012, DIARIO OFICIAL NO. 48.587

- j) Tramitar las consultas y reclamos formulados en los términos señalados en la presente ley;
- k) Adoptar un manual interno de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la presente ley y en especial, para la atención de consultas y reclamos;
- l) Informar al Encargado del Tratamiento cuando determinada información se encuentra en discusión por parte del Titular, una vez se haya presentado la reclamación y no haya finalizado el trámite respectivo;
- m) Informar a solicitud del Titular sobre el uso dado a sus datos;
- n) Informar a la autoridad de protección de datos cuando se presenten violaciones a los códigos de seguridad y existan riesgos en la administración de la información de los Titulares.
- o) Cumplir las instrucciones y requerimientos que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio.

Ahora bien, respecto al análisis de medios y fines que concierne al menor Julián Ramírez es preciso plantear lo siguiente:

El fin que se busca salvaguardar es el derecho a alimentos, estando este consagrado como un derecho autónomo debido al art. 44 de la Constitución Política Colombiana y reiterado en la Sentencia T-324 de 2004¹¹³, recalcando además que, al ser un derecho de un menor, prima sobre los derechos de terceros.

Al respecto sostiene la Sentencia T- 408 de 1995 que:

"(...) se trata de un principio de naturaleza constitucional que reconoce a los menores con una caracterización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes y en darles un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano por los aspectos físico, sicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad¹¹⁴

Así mismo y respecto al derecho de alimentos es preciso plantear que se encuentra estrechamente ligado con la dignidad humana y en caso de no respetarse afectaría de manera grave el derecho al mínimo vital del menor. Así mismo puede vincularse por conexidad a una amplia gama de derechos tales como el derecho a la vida, esto en razón que los menores se encuentran *per se* en una situación de desprotección que sus padres por el mero hecho de serlo están en la obligación de resguardar, así

¹¹³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-324 DE 2004 MP. MARCO GERARDO MONROY CABRA

¹¹⁴ COLOMBIA, CORTE CONSITUCIONAL, SENTENCIA T-408 DE 1995, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

pues el derecho de alimentos busca satisfacer la necesidad de protección de los menores respecto al ámbito económico que concierne a sus vidas y por ello conlleva la obligación de solventar los gastos que el desarrollo de una vida digna suponga.

Respecto a los medios que despliega el derecho de alimentos para hacerse efectivo es preciso comenzar por plantear que el mismo halla su fundamento constitucional en el principio de la solidaridad social, que se manifiesta en el sistema jurídico por medio del establecimiento de la institución de alimentos, y su posterior consagración como derecho autónomo¹¹⁵, motivo por el cual conlleva necesariamente unas obligaciones correlativas.

Así mismo se evidencia que como medios para la protección de dicho derecho se tiene al sistema jurídico en si mismo puesto que establece normas y procesos encaminados a la salvaguarda del derecho de alimentos, bien sea que el alimentante se allane a cumplir o que por lo contrario deba un juez coaccionarlo para ello.

Los derechos de los menores se encuentran en una situación de primacía constitucional dispuesta por el artículo 44 de la Constitución Política y reiterada ampliamente por la jurisprudencia, situación que erige de manera clara como un medio idóneo del derecho de alimentos y en general de los derechos de los menores para garantizar su cumplimiento.

Más adelante se analizará uno a uno los mecanismos de protección con que cuenta el derecho de alimentos con la finalidad de evidenciar si efectivamente se erigen como medios idóneos o no para salvaguardar el derecho de alimentos para el caso tipo propuesto.

Teniendo entonces claros los fines y medios que corresponden al derecho a la intimidad en el caso concreto es preciso pasar al segundo paso del test de proporcionalidad, esto con el fin de lograr un análisis integral de la situación de tensión de derechos con miras a resolverla.

4.5.2. PRINCIPIO DE NECESIDAD

La jurisprudencia Colombiana ha reconocido el desarrollo principio de necesidad como uno de los pasos del test de proporcionalidad en sentido estricto y para ello dispone de dos etapas de análisis de los principios en colisión. La primera supone la dererminación del peso abstracto de los principios en tensión y la segunda a la determinación de su peso en concreto, pudiendo así resolver el *mandato de concordancia práctica* y recoge la estructura de *a nadie se le puede exigir lo insoportable*.

¹¹⁵ Entendido como un derecho fundamental en razón a la protección especial que se le brinda al menor

En un primer momento y con la finalidad de lograr la determinación del peso abstracto de los principios que se encuentran en colisión es preciso recoger los elementos centrales del análisis realizado en la presente monografía respecto al derecho a la intimidad y al derecho de alimentos, rescatando su finalidad, fundamento y núcleo esencial.

Incluso desde las primeras sentencias de constitucionalidad que la jurisprudencia profirió respecto al derecho a la intimidad personal puede rescatarse que esta tiene como finalidad (...) *resguardar un ámbito de vida privada personal y familiar, excluido del conocimiento ajeno y de cualquier tipo de intromisiones de otros, sin el consentimiento de su titular.*¹¹⁶

El derecho a la intimidad ha sido dotado por el sistema jurídico colombiano de la categoría de derecho fundamental por lo cual debe ser entendido como un principio y a la luz de la ponderación constitucional como un mandato de consideración.

Con miras a respetar los mandatos de consideración y garantizar que no sean nunca inobservados, debemos tener claro como elemento para la ponderación constitucional el núcleo esencial del derecho a la intimidad y para esto acudimos a la Sentencia T-261 de 1995 que en tal sentido establece: *Este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la autoconservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo.*¹¹⁷

Ahora bien, el derecho a la intimidad no implica la prohibición *per se* del tratamiento de todo tipo de datos personales y por ello la Corte Constitucional en adopción de la jurisprudencia alemana incorpora al entendimiento de este derecho el concepto de las esferas en que se desarrolla el ser humano, siendo estas la íntima, privada y social. El derecho a la intimidad deberá entonces pensarse con miras a proteger los datos en razón del espacio en que se desarrollen, con especial atención en sus repercusiones sociales.

No obstante lo anterior es preciso resaltar que de acuerdo a lo establecido por la Ley 1581 de 2012 en su artículo 9, *en el Tratamiento se requiere la autorización previa e informada del Titular*¹¹⁸, salvo los casos que medie orden de una autoridad judicial o administrativa al tenor del artículo 10 de la misma ley. Debido a lo anterior

¹¹⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-530 de 1992. MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

¹¹⁷ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-261 DE 1995, MP. JORGE GREGORIO HERNÁNDEZ

¹¹⁸ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1581 DE 2012, POR LA CUAL SE DICTAN DISPOSICIONES GENERALES PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, DIARIO OFICIAL NO. 48.587 DE 18 DE OCTUBRE DE 2012

se extiende entonces la protección constitucional del derecho de intimidad a todos los datos de manera indistinta, salvo el caso que sean datos de naturaleza pública.

Respecto al derecho de alimentos es preciso plantear que en razón de lo anteriormente expuesto debe entenderse como un derecho fundamental, motivo por el cual deberá ser entendido como mandato de consideración y por consiguiente tenido siempre en cuenta por el sistema jurídico en sus cavilaciones.

Si bien el derecho de alimentos se encuentra fundamentado en la solidaridad social como manifestación del estado social de derecho que instituye la Constitución Política de 1991, es preciso plantear que se encuentra íntinsecamente vinculado con la satisfacción de otros derechos tales como el mínimo vital, la salud y la vida, bienes jurídicos cuya satisfacción tiene por objeto el derecho de alimentos.

Los fines que busca proteger el derecho de alimentos se enmarcan en la protección integral de la familia mediante la obligación de alimentos en favor de los menores y los adultos mayores, prodigando mediante el mismo el sustento económico que permite que la vida de los mismos se desarrolle en condiciones de dignidad humana.

Es preciso resaltar que el juicio de ponderación para el caso concreto deberá incorporar necesariamente todas las consideraciones anteriormente expuestas en razón de la garantía de la racionalidad en el sistema jurídico.

Así pues, bajo el entendido que el sistema jurídico es dialógico y por consiguiente se crea preeminentemente de interacciones entre sujetos de derecho, resulta preciso analizar tanto el derecho a la intimidad como el derecho de alimentos bajo la óptica del caso tipo planteado y que a lo largo de la presente monografía se ha tenido como objeto de estudio.

En tal sentido en el presente apartado de la monografía se desarrolla el mandato de concordancia práctica que permite determinar de manera subjetiva la afectación en concreto de los derechos en tensión. Para esto se reconstruirá la constelación de derechos que se presenta tanto desde la óptica del Sr. Javier Ramírez como desde del menor Julián ramírez, buscando realizar una reconstrucción material de la situación de tensión de derechos.

El mandato de concordancia práctica que debe adelantarse tanto desde la óptica del menor Julián Ramírez como de su padre el Sr. Javier Ramírez consta de tres etapas, la primera tendiente a determinar el grado de intensidad de la restricción iusfundamental, la segunda invita a se invita a la ponderación como resultado y pretende la determinación abstracta y concreta de la afectación iusfundamental y, por último tenemos el evaluar la suficiencia de la carga argumentativa exigida a quién pretenda la preferencia de un derecho isufundamental sobre otro.

En primer lugar se debe advertir que el Sr. Javier Ramírez, quien es padre del menor Julián Ramírez y con quién tiene con una obligación de alimentos pactada mediante

sentencia judicial cuyo valor equivale al 30% de su salario, en razón de su condición de ser humano se encuentra cobijado por el derecho a la intimidad.

En el caso tipo, el derecho a la intimidad se manifiesta en cabeza del Sr. Javier Ramírez al resistir la pretensión de su hijo el menor Julián Ramírez esgrimiendo el contenido de los artículos 9 y 10 de la Ley 1581 de 2012 que legítimamente dispone sus datos personales sólo deben ser tratados previa autorización suya, salvo orden de autoridad o administrativa en tal sentido.

Ahora bien, el grado de intensidad en la restricción del derecho a la intimidad de acuerdo a la perspectiva del Sr. Javier Ramírez para el caso concreto invita a pensar que, puesto que se ha negado a divulgar su salario, ha sido nula la restricción respecto al derecho. Así mismo es preciso resaltar que en la práctica la solicitud respecto al monto del salario se le puede elevar tanto al titular del dato como a la empresa en que este labore, en tales casos es común que el empleador argumente que no puede divulgar el dato salvo autorización expresa del titular del mismo u orden administrativa o judicial que así lo disponga.

Posterior al grado de determinación de la intensidad de la restricción establecerse las consecuencias de dicha restricción, motivo por el cual debemos pasar al segundo examen del mandato de concordancia que pretende identificar el grado en que se encuentra afectado o cargado el sujeto con la situación concreta, respecto a sus intereses, derechos y concepción del plan de vida.

Así las cosas el caso concreto encontramos que respecto al Sr. Javier Ramírez no existe afectación alguna a su derecho a la intimidad en razón que siguiendo las normas establecidas por el sistema jurídico estos efectos pudo resistirse satisfactoriamente a la pretensión del menor Julián Ramírez, conservando su salario dentro de su fuero interno.

No obstante, para efectos de aportar algunos elementos valorativos útiles para el juicio de ponderación es consecuente determinar el grado de vejación o afectación que hubiere debido resistir el Sr. Javier Ramírez en caso de decidir divulgar su salario o ser exhortado a hacerlo por parte de una autoridad judicial o administrativa.

En caso que suceda lo antes mencionado, el Sr. Javier Ramírez encontraría efectivamente limitado su derecho a la intimidad personal puesto que debe ceder en razón de las pretensiones del menor Julián Ramírez. En tal sentido del análisis realizado en la presente monografía sobre la intimidad personal encontramos que la Corte Constitucional en reiteradas sentencias ha manifestado que este no es un derecho absoluto puesto que en su aplicación debe valorar el interés general, en el caso tipo representado por las pretensiones del menor.

En caso que el Sr. Julián Ramírez sea exhortado a ceder en su derecho a la intimidad mediante la divulgación del dato es preciso plantear que la ley 1581 de 2012 plantea las cargas de quien realice el tratamiento de datos personales y en tal

sentido establece deben resguardarse los datos. Esta carga atribuida al tratamiento de datos deberá respetarse en el caso concreto con miras a la satisfacción del principio de la dignidad humana.

Ahora bien, en este punto del análisis y con miras a la satisfacción de todos los elementos del test de proporcionalidad en sentido estricto se analiza a continuación el mandato de concordancia práctica entendido desde la óptica del menor Julián Ramírez.

En el caso tipo el menor Julián Ramírez cuenta con el derecho de alimentos que objetivizado mediante el acuerdo conciliatorio que establece la obligación de pagar el 30% del salario a cargo del Sr. Javier Ramírez.

En la actualidad el menor no se encuentra percibiendo los cánones correspondientes a su derecho de alimentos, por lo que inmediatamente se puede advertir que este está siendo vulnerado y consigo su mínimo vital que le permite vivir dignamente.

Es preciso mencionar que la Sra. Juliana Sandoval en representación del menor solicita le sea entregado un documento en el que constase el salario que percibe el alimentante, esto en razón que como presupuesto del proceso ejecutivo mediante el cual pretende el pago de las obligaciones alimentarias que se adeudan debe contarse con una obligación de tipo ejecutivo y para esto debe poder cuantificarse.

Así pues, mediante la negativa bien sea del titular como del responsable del tratamiento, a la solicitud de divulgar el salario y entendiendo que este es un presupuesto para el ejercicio del derecho de alimentos en cabeza del menor, se vulnera este derecho.

Se evidencia del estudio del caso tipo que la intensidad de la afectación iusfundamental que sufre el menor Julián Ramírez es fuerte puesto que de la negativa de divulgar el salario deviene la imposibilidad de cumplir con los presupuestos para acceder a la jurisdicción en garantía del derecho de alimentos, por lo que perdura en el tiempo la situación de desprotección.

Así mismo el derecho de alimentos como se ha enunciado anteriormente si bien cuenta con la categoría de derecho fundamental este se encuentra intrínsecamente ligado con una amplia gama de derechos fundamentales cuya protección se prodiga mediante el derecho de alimentos tales como el derecho al mínimo vital y a la vida, situación por la cual mediante su desconocimiento se afectan por conexidad también tales derechos.

Es preciso plantear en este punto que en el caso concreto no se materializa el principio de primacía de los derechos de los menores, situación que se evidencia en la dificultad que tiene el menor de conseguir un dato personal de carácter semiprivado y sobre el cual tiene un legítimo interés, toda vez que el sistema jurídico no prevee la situación y exige este acuda a la jurisdicción, para obtener el dato que

le permita acudir a la jurisdicción, necesario para ordenar el pago de lo que ya había establecido la jurisdicción.

Ahora bien, respecto al último punto del desarrollo del principio de necesidad en el test de proporcionalidad debemos rescatar los postulados argumentativos que aporta cada una de las partes en razón de determinar si son suficientes para justificar la necesidad de la restricción iusfundamental del tercero.

Así las cosas es preciso resaltar que respecto a la primacía del derecho fundamental a la intimidad principal y que devien el no compartir el salario no se erigen argumentos fuertes más allá de los expuestos por el sistema jurídico y en garantía de la intimidad personal.

Ahora bien, respecto al derecho de alimentos en el caso tipo es preciso resaltar el sistema jurídico aporta argumentos suficientes para entender cumplida la carga argumentativa en favor del mismo, esto en razón de la importancia que reviste en su ejercicio el derecho de alimentos. Así mismo debe plantearse que la solicitud realizada por la Sra. Juliana Sandoval en representación del menor y la búsqueda del cumplimiento de la obligación de alimentos por parte del Sr. Javier Ramírez son elementos suficientes para evidenciar la afectación grave del derecho de alimentos.

4.5.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En este punto del test de proporcionalidad son evidentes los beneficios que plantea el test de proporcionalidad como herramienta hermenéutica del derecho para resolver casos de tensión de derechos, ya que mediante el uso de su metodología se logran exponer de manera cabal los componentes de dicha tensión con miras a su solución.

En el caso tipo que ha sido objeto de estudio pueden evidenciarse mediante el ejercicio de ponderación desarrollado

El test de proporcionalidad ha representado una herramienta hermenéutica de gran valía para el derecho cuando de resolver tensiones de derechos se trata, esto puesto que como virtud tiene el realizar un análisis integral del sistema jurídico, este solo puede devenir en dos conclusiones que son:

- La restricción del derecho ocasionada por el medio elegido es desproporcionada en sentido estricto y por lo tanto en sentido amplio; o
- La restricción al derecho es proporcionada en sentido estricto y por lo tanto en sentido amplio.

En virtud análisis realizado en los puntos anteriores del juicio de ponderación y en general a lo largo de la monografía se ha puesto en evidencia el contenido de los derechos fundamentales a la intimidad y de alimentos, se presentó la situación de tensión de cara a la medida de lo legítimamente exigible para cada uno de los

sujetos y se evidenció el grado de afectación material que para cada uno de ellos representaba la situación.

Así las cosas es preciso plantear en este punto que en desarrollo del principio de la ponderación aplicada a la resolución del caso tipo se evidencia que la restricción ocasionada por el medio elegido es desproporcionada en sentido estricto y por lo tanto en sentido amplio.

Lo anterior se justifica en los siguientes postulados¹¹⁹:

- El medio elegido, salvaguarda indistinta de todos los datos personales salvo causales taxativas, limita de manera excesiva el derecho fundamental a los alimentos, afectando la dignidad del menor.
- El medio elegido no sobrepasa el mandato de adecuación técnica entre tanto, pese a gradar la aplicación de un principio fundamental, no obedece al medio menos lesivo a terceros, por lo que resulta razonable implementar medios alternativos menos lesivos en salvaguarda del derecho de alimentos en cabeza del menor.
- El sistema jurídico establece normas de orden constitucional que resuelven la situación de derechos advirtiendo la primacía de los derechos del menor, no obstante en el caso concreto se evidencia una preponderancia del derecho a la intimidad del Sr. Javier Ramírez en razón de la ley 1581 de 2012
- Las normas contenidas en los artículos 3 y 9 de la ley 1581 de 2012 afectan gravemente el derecho de alimentos en cabeza del menor, por lo que no se satisface el mandato de concordancia práctica
- Así mismo, sobre la restricción al derecho de alimentos es preciso afirmar que es imperioso evitar se continúe materializando pues cada día representa un daño irreparable y prohibido de acuerdo al mandato de concordancia práctica.
- El peso en concreto del derecho de alimentos es mayor que el atribuido al derecho de intimidad, esto en razón de los fines que persiguen y las normas que atribuyen la prevalencia de los derechos de los menores.
- La protección al derecho fundamental de intimidad debe contar con un mayor peso justificatorio cuando pretenda limitar el ejercicio de otros derechos, esto puesto que debe cumplir con la carga argumentativa mandada por la ley. En el caso tipo se implementa la protección de datos de manera aislada a la situación de hecho pues establece de manera general la protección y no considera aspectos importantes como el interés que pueden tener legítimamente terceros respecto a datos personales.
- La restricción que se materializa en el caso concreto respecto al derecho de alimentos resulta muy gravosa pues no logra ser justificada de manera cabal

¹¹⁹ CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009. P. 286, 287 y 288

con la restricción mínima que supondría el compartir el dato que respecto al derecho a la intimidad.

4.6. ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS QUE CONCIERNEN AL CASO TIPO DE CARA A LOS RESULTADOS DE LA PONDERACIÓN

En el presente apartado del texto se pretende evidenciar si efectivamente los mecanismos dispuestos por la ley resultan idóneos de cara al ejercicio de los principios fundamentales que marcan la tensión de derechos en el caso concreto.

Así pues se analizará el derecho de petición, el derecho de insistencia y la acción de tutela en razón de su efectividad para la solución del caso concreto, evidenciando en este los resultados obtenidos mediante el desarrollo del test de proporcionalidad.

4.6.1. DERECHO DE PETICIÓN

En virtud del derecho de petición se pueden elevar peticiones respetuosas tanto frente a sujetos de derecho privado como público, en razón del cumplimiento de su función administrativa.

Para efectos de realizar peticiones como aquella tendiente a obtener el salario por parte del Sr. Javier Ramírez en el caso tipo propuesto se erige pues el derecho de petición como mecanismo idóneo para realizar la misma, esto en razón que el mismo tal como instituye la ley tiene como finalidad la garantía del acceso a la justicia mediante la realización de peticiones respetuosas.

Así pues establece como término para resolver la petición un lapso de 10 días hábiles, situación que si bien no es ideal puesto que en razón de la intensidad de la restricción que supone la situación para el menor Julián Ramírez no es jurídicamente plausible exigirle a este soportar lo insoportable, así sea por un término corto de tiempo.

Es preciso plantear que en la práctica cuando se ejerce el derecho de petición en el sentido se solicitar el salario, tanto el operador jurídico que lo resuelve como el titular del dato, responden que no será entregado en razón de los artículos 9 y 10 de la Ley 1581 de 2012, esto sin perjuicio de la jurisprudencia que ha sostenido la corte y los exhorta a resolver de fondo cuando en la petición se resuelva sobre un derecho fundamental, como es el caso.

La anterior situación se explica en que debido a la ausencia de disposiciones jurídicas tendientes a resolver situaciones de tensión de derechos respecto al derecho a la intimidad, los operadores jurídicos no cuentan con argumentos sólidos para realizar el tratamiento de los datos y por consiguiente, salvo que un

juez o autoridad administrativa les ordene hacerlo no serán ellos quienes cargarán con la responsabilidad jurídica de dicha decisión.

Así pues se evidencia que el derecho de petición para la situación del caso tipo no se erige como un mecanismo idóneo para que el menor Julián Ramírez solicite el salario de su padre el Sr. Javier Ramírez, esto en razón de que se puede prever que su respuesta será negativa, lo que en la práctica implica cuando menos 10 días hábiles en los cuales el menor no contará con su derecho de alimentos, reafirmando a situación de desprotección.

4.6.2 RECURSO DE INSISTENCIA

Este recurso se establece en protección específicamente del derecho de petición desarrollado por la ley 1755 de 2015 y procede cuando este haya sido negado aduciendo el carácter de reservado de los documentos solicitados.

En el caso tipo, dado que la respuesta bien sea del empleador o del titular del dato niega la solicitud respecto al mismo, procede entonces el recurso de insistencia como mecanismo para la buscar la salvaguarda del derecho de petición por vía judicial.

Así pues podrá entonces adelantarse el recurso de insistencia.

Ahora bien, este para hacerse efectivo supone dos etapas, la primera es el traslado al juez competente, que en el caso concreto es el juez administrativo, y para esto se cuenta con el término de 10 días hábiles.

Posterior al término del traslado el juez competente deberá fallar de fondo en un término de 10 días hábiles, fallo cuyo sentido preveemos debería ser favorable a los intereses del menor Julián Ramírez puesto que se encuentra legitimado en razón de la obligación alimentaria, que es de carácter prevalente, para conocer el dato.

No obstante el juez haber ordenado idealmente la entrega del dato al menor Julián Ramírez es preciso plantear que para llegar a este punto, en el mejor de los casos, deberán haber transcurrido los 10 días del derecho de petición, los 10 días hábiles de traslado y los 10 días hábiles con que cuenta el juez para dictar sentencia, situación cuya resistencia no puede exigírsele a un menor cuyos derechos son preferentes y resultan insatisfechos durante un término cercano a un mes.

Debido a lo anterior es preciso concluir que tanto el derecho de petición como el recurso de insistencia son ineficaces a la hora de resolver la situación del menor Julián Ramírez, así como también constituyen una carga injustificable para el menor que se encuentra *per se* en un estado de indefensión.

4.6.3 ACCIÓN DE TUTELA

El ejercicio de la acción de tutela tiene como finalidad la salvaguarda de un derecho fundamental que se encuentra en una situación de hecho que supone su afectación.

Esta acción sólo procede en caso que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para buscar la protección inmediata del derecho que se encuentra afectado, esto en razón de la sentencia T-871 de 1999.

Así pues en el caso tipo que ha sido objeto de estudio advertimos que en el caso del menor Julián Ramírez se cumplen respecto al derecho de alimentos los dos requisitos que se plantean deben cumplirse para que proceda la acción de tutela siendo estos: *a) Que exista la violación de un derecho fundamental; b) Que no exista otro medio de defensa judicial alternativo, o que este sea ineficaz para proteger los derechos vulnerados.*

Así las cosas es preciso plantear que el menor Julián Ramírez no percibe las cuotas correspondientes al ejercicio de su derecho de alimentos desde hace ya un año, situación que materializa una grave afectación tanto al derecho de alimentos como de todos aquellos que se encuentran en conexidad con el mismo tales como el derecho al mínimo vital y a la dignidad humana.

Sabemos que al menor, tal como se evidenció en el desarrollo del principio de proporcionalidad, se le impone una carga injustificada puesto que debe adelantar una serie de pasos y solicitudes con miras a la obtención del salario, necesario para hacer efectivo su derecho de alimentos, situación que en razón del juicio de ponderación no se encuentra justificada constitucionalmente.

De realizarse la solicitud del salario mediante acción de tutela y no mediante el derecho de petición se pretende entonces proteger los derechos del menor de manera eficaz puesto que el término para resolverlo de fondo es de 10 días hábiles.

Debido que el derecho de alimentos del menor se encuentra efectivamente vulnerado y el derecho de petición y posterior recurso de insistencia no materializan en su curso la inmediatez que debe suponer la solución al caso tipo, es preciso entonces plantear la acción de tutela como el mecanismo idóneo para que un juez resuelva la tensión de derechos, indicando que deberá compartirse el dato correspondiente al salario.

Así las cosas, mediante el ejercicio de la acción de tutela se presenta de cara a la afectación iusfundamental del menor un mecanismo idóneo y expedito para solucionar la tensión de derechos.

5. CONCLUSIONES

Habiendo en este punto desarrollado el juicio de ponderación entre el derecho a la intimidad y el derecho de alimentos, de cara a la solución del caso tipo propuesto como objeto de la presente tesis, es preciso plantear las siguientes conclusiones:

En primer lugar es preciso plantear que para la solicitud del dato salario atañen tres leyes estatutrias a saber, ley 1581 de 2012, ley 1712 del 2014 y ley 1755 de 2014, no obstante su objeto de protección como se procede a enunciar es diferente.

La ley 1581 de 2012 dispone una protección general a los datos personales en razón de los artículos 3 y 9 de la misma, materializando la protección en cabeza del titular del dato que se enmarca dentro del espectro de protección del derecho a la intimidad.

Por otro lado la ley 1712 del 2014 que regula el derecho de acceso a la información pública faculta la obtención de información pública realizada por el interesado de la misma, no obstante no sería aplicable al caso tipo puesto que el dato salario solicitado no es de carácter público. Sin embargo como se mencionó anteriormente esta ley contiene el recurso de insistencia que procede cuando la petición sea rechazada por motivos de reserva, en casos de solicitudes que versan sobre defensa y seguridad nacional o relaciones internacionales

Por último la ley 1755 de 2015 la cual desarrolla el derecho fundamental de petición posibilita el ejercicio del recurso de insistencia cuando la petición sea rechazada por motivos de reserva, contemplando no solo los casos contenidos en la ley 1712 del 2014 sino además aquellas peticiones que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas.

Es entonces como la anterior ley amplía la protección del solicitante del dato entre tanto permite realizar peticiones referentes a datos tanto públicos como privados, por lo que en el caso tipo sera idónea pues posibilita en primer lugar la solicitud de un dato privado tanto frente al titular como al responsable del tratamiento y, en segundo lugar, frente a la negativa de la petición por motivos de reserva, el ejercicio del recurso de insistencia.

Del estudio de las leyes anteriormente mencionadas resulta evidente que en el caso tipo el derecho de alimentos, al requerir el dato salario como requisito para que el juez liquide y decrete el mandamiento de pago, se encuentra permeado por “el derecho de acceso a la información” en sentido abstracto.

Se habla de derecho a la información en sentido abstracto dado que el ejercicio del derecho de petición frente a particulares permite solicitar información que si bien esta no corresponde al contenido regulado por la ley 1712 de 2014 que dispone que el derecho de información versa sobre datos públicos, es posible entender que de

igual manera, la ley 1755 de 2015 permite ejercer el derecho a la información frente a datos privados.

Del estudio del derecho a la información es preciso plantear que si bien la Corte Constitucional lo desarrolla en torno a los datos públicos, hay situaciones como la presentada en el caso tipo en las cuales existe un legítimo interés por parte de un tercero para conocer un dato privado necesario para el ejercicio de sus derechos fundamentales, situación en la cual se considera pertinente ampliar el objeto de protección del derecho de petición.

Se puede afirmar entonces que pese al gran interés por regular la situación de tensión que existe entre el derecho a la intimidad y el derecho de información, el legislador no acoge en ninguna de las leyes estatutarias antes mencionadas los desarrollos referentes al derecho de intimidad y sus esferas de protección, en tanto desconoce que la protección debe gradarse en razón de la esfera en la que se desarrolla el dato.

Así pues, una norma que acoja los criterios de la Corte Constitucional, debe considerar tanto el interés que tiene quien solicita el dato como el grado de protección que este dato supone al derecho de intimidad del titular en razón de la esfera en donde se desarrolla su actividad.

En razón de la problemática expuesta respecto a la regulación del derecho a la intimidad y el derecho a obtener cierta información, al joven Julián Ramírez se le imponen cargas tales como:

- Solicitar mediante el derecho de petición el dato salario necesario para el ejercicio de su derecho de alimentos
- Solicitar mediante el recurso de insistencia el dato salario necesario para el ejercicio de su derecho de alimentos cuando la petición ha sido rechazada por motivos de reserva
- Solicitarle al juez de tutela que exhorte al sujeto obligado la entrega de este dato en razón de la vulneración de sus derechos.

Así pues estas cargas suponen un desgaste innecesario para el menor de edad que sobrepasa los límites de las cargas exigidas a una persona que goza de especial protección constitucional. Por lo que agotar los anteriores pasos evidencia el no reconocimiento del derecho de alimentos en conexidad con el derecho a la , pues requiere para su ejercicio la intervención de un juez.

Esta situación de desgaste no solo afecta al solicitante del salario sino que va en contravía del principio de celeridad y economía procesal pues supone en todo caso la intervención de un juez para el reconocimiento de un derecho autónomo.

LISTA DE REFERENCIAS

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos, p. 75. BOGOTÁ: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2005. ISBN: 978-985-710-970-2.

BERTEA, S. El Derecho y la Razón Práctica. En: BERNAL PULIDO, C. La doble dimensión del Derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy. Lima: Palestra, 2011, p. 231.

CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Buenos Aires: Univerdidad de Buenos Aires, 2009.

COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. (20 de julio de 1991). Gaceta Constitucional. (1991). No. 116.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1712 (6 de marzo de 2014). Por medio de la cual se crea la ley de transparencia y el derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. (2014). No. 49084.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2591 (19 de noviembre de 1991). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario oficial. (1991).

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 (8 de noviembre de 2006). Por el cual se crea el código de infancia y adolescencia. Diario oficial. (2006). No.46.446 .

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1468 (30 de junio de 2011). Por la cual se crea el Código Sustantivo del Trabajo. Diario oficial. (2011). No. 48.116.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1755 (30 de junio de 2015). Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Diario oficial. (2015). No. 49.559.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1755. (30 de junio de 2015). Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Diario oficial. (2015). No. 49.559.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57. (12 de julio de 1985). Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales. Diario oficial. (1985). No. 37056.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 84. (31 de mayo de 1873). Por el cual se dicta el Código Civil. Diario oficial. 1873. No. 2867.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-557 de 2017. MP. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-022 (1996), M.P. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-070 (1996). M.P. Eduardo Cifuentes.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-156 (2003). M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-479 (1992), M.P. José Gregorio Hernández.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-505 (1999). M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-510 (2004). M.P. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-520 (2016) M.P. María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-602 (2016). M.P. Alejandro Linares Cantillo.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de (2005). M.P. Manuel José Cepeda.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-919 (2002). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-951 (2014). M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 544 (2001). M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-062 (1992). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-082(1995). M.P. Jorge Arango Mejía.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-013 de (2006). M.P. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-095. (2016). M.P. Alejandro Linares Cantillo.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1025 (2007). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-105 (1996). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-122 (2005). M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-124 (1993). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-228 (1994). M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-261 (1995). M.P. Jorge Gregorio Hernández.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-261 (1995). M.P. Jorge Gregorio Hernández.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-324 (2004) M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-377 (2000). M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-407 2012, M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-408 (1995). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-419 (2013). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-422 (1992). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-530 (1992). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-530 (1992). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-552 (1997). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-736 (2013). M.P. Alberto Rojas Ríos.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-787 (2004). M.P. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-871 (1999). M.P. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-881 (2012). M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-909 (2011). M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-933 (2005). M.P. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-640 (2010). M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo.

KANT, E. Crítica de la Razón Práctica. Buenos Aires: Losada, 2008. ISBN: 9500393174

MEDINA PABÓN, Juan Enrique. Derecho Civil. Derecho de Familia. Cuarta edición. Bogotá DC: Universidad del Rosario. 2014.

PARRA BENÍTEZ, Jorge. Derecho de Familia. Bogotá DC: Temis, 2017. ISBN 978-958-35-1126-4.

PUENTES, Edison. Apuntes jurídicos y jurisprudenciales sobre el derecho a la intimidad en Colombia. Bogotá DC: Puentes, 2014.